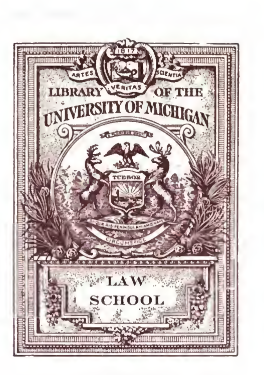
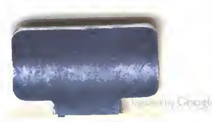







1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Zehnter Band.

Tübingen, 1898.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des zehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.



B. in Strafsachen.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

III. Abhandlungen.

Litterarische Anzeigen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Zur Auslegung des Art. 53 Abs.2 P.E.G.

Die Beklagte, eine ein Pfandgeschäft betreibende Firma in R., hat in der Zeit vom August 1893 bis Januar 1896 von dem in R. ansäßigen Schneider W. U. eine große Anzahl von fertigen Kleidungsstücken und Kleiderstoffen je gegen Hingabe kleinerer Darlehen und unter Wahrung der gesetzlichen Formen zu Faustpfändern erworben. In der Folge stellte sich heraus, daß U. die bei der Beklagten verpfändeten Gegenstände dem Kläger entwendet hatte; und es ist U. wegen fortgesetzten Diebstahls zum Nachteil des Klägers durch Urteil der Strafkammer des K. Landgerichts Tübingen vom 24. Februar 1896 mit Zuchthausstrafe belegt worden. Das Verfahren gegen die Inhaber der beklagten Firma wegen Hehlerei ist eingestellt worden. Auf Klage des Klägers ist die Beklagte zur Herausgabe der noch in ihrem Pfandbesitz befindlichen und der von ihr in öffentlicher Pfandauktion versteigerten, aber hiebei von ihr selbst erkauften Kleidungsstücke verurteilt worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Gegenüber der an sich begründeten Vindikationsklage des Klägers — als Eigentümers der im Streit befangenen

Gegenstände — beruft sich die Beklagte zur Begründung eines ihr zustehenden wirksamen Faustpfandrechts an diesen Sachen und zur Entkräftung des Eigentumsanspruchs auf die Bestimmung des Art. 53 [2] des Pfandentwicklungs-Gesetzes. Dieses Gesetz bestimmt, daß gegenüber dem Absonderungsanspruch des Eigentümers einer beweglichen Sache, die von einem nichtberechtigten Dritten zu Faustpfand bestellt worden ist, das Recht des Faustpfandgläubigers „unverletzt bleiben" soll, wenn es in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel von ihm erworben worden ist.

Die Berufung auf den hier dem gutgläubigen Pfandbesitzer gewährten gesetzlichen Schutz kann an sich auch der Beklagten nicht verwehrt werden. Die Annahme, daß im Verhältnis zu gestohlenen Sachen dieser Schutz grundsätzlich ausgeschlossen sei, läßt sich, wenn sie auch der neueren Rechtsentwicklung entspricht, vom Standpunkt des zur Zeit geltenden Württembergischen Pfandrechts nicht rechtfertigen. Weder der Wortlaut jener Gesetzesbestimmung noch die ihr zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Vorarbeiten lassen einen Grund zu einer derartigen Unterscheidung erkennen, und es ist denn auch die Anwendbarkeit jener Vorschrift auf gestohlene Sachen von der Gesetzesauslegung nirgends in Zweifel gezogen [1]).

Thatsächlich steht nun im vorliegenden Falle fest, daß sämtliche Pfandgeschäfte der Beklagten mit U. unter Wahrung der gesetzlichen Formen einer Faustpfandbestellung abgeschlossen worden sind. Es ist auch kein Streit darüber, daß die in Frage stehenden Gegenstände durchweg unter beschwerendem Titel (gegen Hingabe von Darlehen) von der Beklagten erworben worden sind. Die Entscheidung hängt daher, soweit es sich um das Bestehen eines wirksamen Faustpfandrechts auf seite der Beklagten handelt, ausschließlich von der Frage ab, ob sich die Beklagte beim Erwerb jener Gegenstände in gutem Glauben befunden hat?

1) Vergl. Wächter, Erörterungen, Heft I S. 260. Lang, Sachenrecht Bd. II § 199 I, Ziff. 1, a.

(Es wird nun dargelegt, daß Beklagte nicht gewußt hat oder davon überzeugt war, daß U. die verpfändeten Sachen auf unrechtmäßige Weise erworben habe, sodann wird fortgefahren): Allein wenn auch anzunehmen ist, daß sich die Beklagte wirklich im Irrtum über die Art und Weise, wie U. in den Besitz der von ihm verpfändeten Sachen gekommen war, befunden hat, so ist doch damit die Frage nach dem Vorhandensein guten Glaubens auf seite der Beklagten noch nicht entschieden. Wo es sich um Erwerb von Rechten handelt, kann nach anerkannten Rechtsgrundsätzen nicht schlechtweg jeder Irrtum, sondern nur der entschuldbare, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende berücksichtigt werden und dem Irrenden zu statten kommen. Dieser Satz ist, speziell in seiner Anwendung auf den Schutz des Besitzers einer Sache gegenüber dem Eigentümer, heutzutage, wie schon der Vorrichter des Näheren dargelegt hat, in Doktrin und Praxis fast allgemein anerkannt und auch bei gegenwärtiger Entscheidung zu Grunde zu legen.

Im vorliegenden Fall kommt nun in Absicht auf die Entschuldbarkeit des Irrtums der Beklagten und das Vorhandensein guten Glaubens auf ihrer Seite Nachstehendes in Betracht:

Nach § 21 der Ministerialverfügung vom 15. März 1882, welche ihre gesetzliche Grundlage in § 38 der Reichsgewerbe-Ordnung hat, sind die Pfandleiher verpflichtet, vor Abschluß von Pfandleihverträgen sich darüber zu vergewissern, ob der Verpfänder zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt ist; auch sind sie, wenn Umstände vorliegen, die den Inhaber des rechtswidrigen Erwerbs verdächtig erscheinen lassen, gehalten, die bezüglichen Gegenstände anzuhalten und der Polizei abzuliefern.

Dem Pfandleiher ist damit von Gesetzeswegen eine gewisse Nachforschungspflicht auferlegt, deren Umfang und Voraussetzungen allerdings nicht näher begrenzt sind, sondern, wie dies in der Natur der Sache liegt, von den konkreten Umständen des einzelnen Falles abhängen.

Im vorliegenden Fall ist in dieser Beziehung aus den Aussagen der Zeugen im allgemeinen soviel zu entnehmen, daß von den Vertretern der Beklagten bei Annahme der U.'schen Pfandobjekte nähere Erkundigungen über Herkunft und Erwerb derselben nicht angestellt worden sind; daß übrigens U. schon zu Anfang der Geschäftsverbindung sich freiwillig dahin ausgesprochen hat: er habe die Kleidungsstücke selbst gefertigt, die Stoffe beziehe er von auswärts (von einem Reisenden), der Zweck der Verpfändung sei, sich zur Bezahlung einer dringenden Schuld Geld zu verschaffen u. s. w. An sich gab nun diese Auskunft U.'s noch keinen Grund zum Verdacht, da U. selbständiger Schneider war, in dessen Betrieb es wohl vorkommen mochte, daß er einen zum Verkauf gefertigten Anzug nicht abzusetzen oder wieder zurückzunehmen in die Lage kam, wobei es dann auch nichts Auffallendes hatte, daß er, wenn er gerade in Geldverlegenheit kam, einen solchen Anzug einstweilen durch Verpfändung in einem Leihhaus zu verwerten suchte.

Insoweit und insolange also, als sich dieser Geschäftsverkehr in den Grenzen vorübergehender Beleihung einzelner, in den Geschäftsbetrieb des U. einschlägiger Warenposten hielt, war nicht ohne weiteres Grund zur Anstellung besonderer Recherchen bei Nachbarn, Behörden u. s. w. gegeben und ist insoweit auch die Gutgläubigkeit der Beklagten nicht zu beanstanden. Diese Grenze war jedoch schon seit Sommer 1894 überschritten, wie der vorliegende anerkannte Auszug aus den Geschäftsbüchern der Beklagten beweist. Während es sich ausweislich dieses Buchauszugs anfangs nur um vereinzelte Pfandgeschäfte des U. mit der Beklagten handelte, bei denen der Schuldner in der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle von seinem Recht der Wiedereinlösung Gebrauch gemacht hat, war schon seit dem angegebenen Zeitpunkt der Geschäftsverkehr zwischen Beiden in ein wesentlich anderes Stadium getreten. Thatsächlich hatte sich nun das Verhältnis zu einem ständigen und regelmäßigen Absatzverkehr zwischen Beiden herausgebildet, wobei U. in verhältnis-

mäßig kurzen Zwischenräumen, zeitweise alle paar Tage, einen (gestohlenen) Anzug, Ueberzieher und dergl. der Beklagten brachte und diesen unter der Form der Verpfändung veräußerte, wogegen er eine Geldzahlung erhielt, die kaum die Hälfte des wahren Werts der Sache erreichte. Von dem Recht der Wiedereinlösung hat U. in dieser Zeit nur in ganz verschwindenden Fällen Gebrauch gemacht, wie wiederum der erwähnte Auszug aus den Büchern der Beklagten ergibt; im übrigen wurden die Gegenstände nach Umfluß der Verfallzeit öffentlich versteigert, wobei der Erlös — nach Abzug der Darlehenssumme, Zinsen, Einschreibgebühren und Versteigerungskosten — zu gunsten des Schuldners in der Regel keinen oder keinen nennenswerten Ueberschuß ergab. Eine solche Geschäftsgebahrung war nun doch so auffallend, daß sie Jeden und insbesondere die Beklagte, welche nach der Natur ihres (Pfandleih-)Geschäfts und nach den bestehenden Vorschriften auf verschärfte Vorsicht angewiesen war, veranlassen mußte, sich gegenüber weiterer Anerbietungen des U. zurückzuhalten, solange der rechtmäßige Erwerb nicht glaubhaft gemacht war. Es lag die Thatsache vor, daß U. fortdauernd im Besitz eines stets wieder sich ergänzenden Lagers von fertigen Kleidern war, welches er, anstatt es in der regelmäßigen Weise durch offenen Verkauf in einem Laden zu angemessenen Preisen zu verkaufen, unter der Hand in einem Versatzgeschäft zu Preisen verschleuderte, die ihn auf die Dauer hätten ruinieren müssen. Bei geringster Aufmerksamkeit hätte die Beklagte erkennen müssen, daß hier besondere Umstände obwalten, die den Inhaber der Waren veranlassen, das Licht der Oeffentlichkeit zu scheuen, und ihm ermöglichen, seine Waren zu Preisen abzugeben, bei denen ein anderer, der sie auf redliche Weise sich verschafft hat, nicht bestehen konnte. Hat aber die Beklagte gleichwohl über alle sich aufdrängenden Bedenken leichtfertig oder in blindem Vertrauen sich hinweggesetzt. und ohne Versuch ernstlicher Nachforschung nach Herkunft und Erwerb der Waren immer neue Geschäfte mit U. unter gleich verdächtigen Umständen

abgeschlossen, so kann ihr der Vorwurf grob fahrlässigen Verhaltens nicht erspart werden, und kann ihr die Berufung auf guten Glauben nicht zu statten kommen. (Nach Widerlegung einiger Einwendungen des Beklagten fahren die Gründe fort): Rechtlich ergibt sich aus dieser Feststellung zunächst die Folge, daß die Beklagte verpflichtet ist, diejenigen U.'schen Pfandstücke, die sie noch jetzt in dem ursprünglichen Pfandverband inne hat, an den Eigentümer herauszugeben. Diese Gegenstände sind der Beklagten erst in der letzten Zeit ihres Geschäftsverkehrs mit U. (20. August 1895 bis 3. Januar 1896) verpfändet worden, an ihnen hat sie daher, da ihr für die bezeichnete Zeit nach dem Ausgeführten der gute Glaube abzusprechen ist, überhaupt kein gültiges Pfandrecht erworben; weshalb der aus diesem Recht abgeleitete Einwand zu verwerfen und insoweit der Eigentumsklage des Klägers stattzugeben ist.

Anlangend sodann die weiteren Objekte, welche die Beklagte zunächst gleichfalls von U. zu Faustpfand erworben, sodann aber nach Verfall im Weg öffentlichen Pfandverkaufs selbst als Käuferin ersteigert hat, so fragt sich vor allem, ob und inwieweit durch diesen nachträglichen Pfandverkauf bezw. durch den kaufsweisen Wiedererwerb dieser Sachen seitens der Beklagten das ursprüngliche Rechtsverhältnis beeinflußt und geändert worden ist. Der Kläger hat in dieser Beziehung geltend gemacht, daß ein etwaiges Faustpfandrecht der Beklagten, selbst soweit es ursprünglich in rechtswirksamer Weise erworben worden wäre, jedenfalls durch den Pfandverkauf erloschen sei und daher die Beklagte in ihrer nunmehrigen Stellung als Käuferin einer gestohlenen Sache — ohne Rücksicht auf etwaige bona fides auf ihrer Seite — dem vorgehenden Rechte des Klägers als Eigentümers zu weichen habe.

Dieser Auffassung war jedoch nicht beizutreten. Soweit das Gesetz in einzelnen Fällen eine Verpfändung, obwohl sie nicht von dem Eigentümer der Sache vorgenommen worden ist, für rechtlich gültig und wirksam erklärt, muß auch der (gutgläubige) Käufer der Pfandsache rechtlich geschützt sein.

Für das Gebiet des Unterpfandsrechts gilt diese Regel kraft einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung in Art. 44 des Pfandentwicklungsgesetzes in Verbindung mit Art. 72 des Pfandgesetzes. Hienach ist auch der Käufer eines verpfändeten Grundstücks gegen Eigentumsansprüche eines Dritten geschützt, wenn und insoweit der Pfandgläubiger, von dem er es ersteigert hat, selbst gegen solche Eigentumsansprüche geschützt war, so daß der dem Pfandgläubiger gewährte Schutz auch dem Käufer der verpfändeten Sache zu statten kommt [1]). Für das Gebiet des Faustpfandrechts besteht allerdings eine ähnliche Gesetzesvorschrift nicht; und man muß auch Bedenken tragen, die für den Verkauf von Unterpfändern gegebene Vorschrift, welche im Zusammenhang steht mit dem hier geltenden System der Eintragung und Rechtswahrung in öffentlichen Büchern, ohne weiteres auch auf den Verkauf von Faustpfändern für anwendbar zu erklären.

Indessen ist auch hier aus inneren Gründen die Annahme nicht abzuweisen, daß der dem Pfandgläubiger gewährte Schutz auch dem Käufer der verpfändeten Sache zu statten kommen muß. Die Bestimmung des Art. 53 [2] des Pfandentwicklungsgesetzes ist dahin zu verstehen, daß der gutgläubig und unter beschwerendem Titel erworbene Faustpfandbesitz in Absicht auf rechtliche Wirksamkeit und Rechtsschutz dem ordentlichen Faustpfandbesitz vollkommen gleichsteht. Demzufolge muß auch der zum Zweck der Realisierung des Pfandrechts formgerecht vorgenommene Verkauf dieselbe rechtliche Wirkung haben wie der Verkauf eines vom Eigentümer bestellten Pfandes. Denn jede gültige Verpfändung schließt von selbst und nach der Natur des Pfandrechts die (eventuelle) Befugnis des Pfandgläubigers zum Verkauf der Pfandsache und zur Uebertragung des verpfändeten Eigentums an denselben auf den Käufer in sich [2]). Man würde auch andernfalls zu dem unannehmbaren Ergebnis gelangen, daß der Eigentümer insolange, als sich seine Sache noch im

1) Wächter, Erörterungen, I S. 223.

2) Vergl. auch Lang, Sachenrecht, I § 49 bei Note 4.

Gewahrsam des gutgläubigen Pfandbesitzers befindet, seine Rechte nicht geltend machen kann, dagegen, wenn der Pfandgläubiger in Ausübung seines Rechtes zum Verkauf der Sache schreitet, dieselbe alsbald dem Pfandkäufer wieder abnehmen könnte.

Mit dem Vorrichter ist daher davon auszugehen, daß es auch bei diesen, inzwischen durch Kauf auf die Beklagte übergegangenen Stücken darauf ankommt, ob sie von ihr ursprünglich in gutem Glauben und damit rechtsgültig zu Faustpfand erworben worden sind.

Urteil des I. Civilsenats vom 7. Mai 1897 in Sachen Laiblin gegen Heimsch.

2.

Liegenschaftsgesetz (unrichtige und unvollständige Bezeichnung der Vertragsgegenstände; Reurecht).

Kläger hat geklagt auf Aufhebung eines von ihm als Verkäufer mit dem Beklagten als Käufer am 15. März 1895 geschlossenen Kaufvertrags über das 17—18 Morgen große, teils auf den Markungen Kammerhof und Oberweissach, teils auf den Markungen Lippoldsweiler und Hohenweiler, Gde. Lippoldsweiler, gelegene Liegenschaftsanwesen des Klägers.

Er hat geltend gemacht: 1. daß eine Reihe Grundstücke nicht in dem Kaufbrief aufgeführt worden seien, welche als zum Anwesen des Beklagten gehörig an ihn verkauft worden, sei's daß sie ihm fälschlich als Bestandteile des Guts vorgewiesen oder, obgleich im Güterbuch auf den Namen des Beklagten eingetragen, doch bis jetzt im Besitze dritter Personen, oder zwar ihm übergeben worden, aber im Güterbeschrieb des Kaufvertrags weggeblieben seien;

2. daß andere Grundstücke entgegen der gesetzlichen Vorschrift „bestimmter Bezeichnung des Vertragsgegenstands" teils dem Meßgehalt nach unrichtig teils sonst ungenau, namentlich hinsichtlich der Benennung der Nebenlieger, beschrieben seien.

Ferner hat er 3. ein auf Art. 9 des Liegenschaftsgesetzes gestütztes Rücktrittsrecht geltend gemacht, indem er ausführte: Der Kauf vom 15. März 1895 sei ein einheitlicher: solange hinsichtlich eines Teils der Kaufsobjekte eine Formalität nicht erfolgt sei, gelte das vom ganzen Vertrag; da der Gemeinderat Lippoldsweiler hinsichtlich der auf seiner Markung gelegenen Grundstücke das gerichtliche Erkenntnis noch nicht ausgesprochen habe, sei über den Kauf im ganzen noch nicht erkannt und es könne daher von einem Ablauf der durch Art. 9 des Liegenschaftsgesetzes gewährten dreitägigen Rücktrittsfrist keine Rede sein, wenn gleich einzuräumen sei, daß das vom Gemeinderat Ober-Weissach bezüglich der in seinen Sprengel fallenden Grundstücke am 25. März 1895 ausgesprochene Erkenntnis am 27. oder 28. dess. M. den Parteien eröffnet worden und daß die für das noch ausstehende Erkenntnis des Gemeinderats Lippoldsweiler maßgebende dreitägige Reuzeit des Art. 8 des Gesetzes, für welche lediglich der Empfang der Vertragsabschriften seitens der Kontrahenten entscheidend sei, längst abgelaufen sei. Nun gewähre aber Art. 9 den Kontrahenten eine vom Zeitpunkt der Eröffnung des gerichtlichen Erkenntnisses an laufende weitere dreitägige Rücktrittsfrist, wenn nicht sämtliche Förmlichkeiten der Art. 7 und 8 des Gesetzes erfüllt seien; zu diesen Formalitäten gehöre auch die Einverleibung einer über die Erteilung der Vertragsabschriften ausgefertigten Empfangsbescheinigung in die Kaufsakten. Da unbestrittener Maßen die Parteien solche Bescheinigungen nicht erteilt haben, und das gerichtliche Erkenntnis über den ganzen Vertrag noch nicht ausgesprochen, daher auch die Rücktrittsfrist noch nicht abgelaufen sei, werde das Rücktrittsrecht — zweifellos zulässiger Weise auch schon vor der Erteilung des Erkenntnisses — ausgeübt.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Daß die Bemängelungen Ziff. 1 nicht unter die Formvorschriften (Art. 1 und 2 des Liegenschaftsgesetzes) fallen,

ist einleuchtend; denn diese Formvorschriften erstrecken sich nicht weiter als der Inhalt des Vertrags reicht, sie sind nicht verletzt durch — absichtliche oder unabsichtliche — Weglassung solcher Grundstücke, die etwa nach der Absicht der Vertragschließenden hätten aufgenommen werden sollen. Die Folgen einer solchen Weglassung bestimmen sich nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen; sie können in einem Schadensersatzanspruch des Benachteiligten bestehen, aber unter Umständen auch in der Nichtigkeit des Vertrags, wenn ein Irrtum in Betreff ihrer beim einen oder andern Teil für den Abschluß bestimmend war. Daß dies im vorliegenden Fall zuträfe, ist vom Kläger selbst nicht geltend gemacht worden und könnte jedenfalls in Beziehung auf diejenigen Parzellen nicht geltend gemacht werden, über deren etwaige Zugehörigkeit zum erkauften Anwesen er sich damals noch gar keine Gedanken machte. Die Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 15. März 1895 und die aus ihr abgeleiteten Ansprüche des Klägers finden daher in jenen angeblichen Weglassungen keine rechtliche Grundlage.

Nicht minder ist der Erfolg dem auf die Ungenauigkeit und Unrichtigkeit des Güterbeschriebs gegründeten Angriff zu versagen. Was den Scheueranteil betrifft, so verstand sich von selbst, daß es kein anderer war als der bisher dem Verkäufer gehörige, und diesen herauszufinden konnte nach Lage der Sache mit keinen Schwierigkeiten verbunden sein. — Auch bezüglich der Parz. 6., Baumwiese am Haus, muß man annehmen, daß ihre Identifizierung durch andere Merkmale in der Beschreibung genugsam gesichert war, um begründeten Zweifeln infolge des Mindermaßes von ca 3 ar nicht ausgesetzt zu sein. — Endlich ist auch belanglos die vom Kläger behauptete Unrichtigkeit in der Bezeichnung der Nebenlieger bei einzelnen Grundstücken. Eine strenge Genauigkeit kann in dieser Beziehung schon wegen des in der Natur der Sache begründeten Wechsels der Nebenlieger nicht verlangt werden; eine wesentliche Erleichterung der Auffindung und der Feststellung der Identität ist aber auch mit der pünktlichsten Angabe der Nebenlieger nicht gegeben; denn diese und ihre Grund-

stücke werden dem auswärtigen Käufer so wenig oder noch weniger bekannt sein, als die neuen Güter selbst, die er erkauft.

Dazu kommt, daß ein Umgang durch das Gut mit dem Verkäufer, von dem er selbst berichtet, dem Kläger das sicherste Mittel, seinen neuen Erwerb zu kennen und zu unterscheiden, an die Hand gab, während für Dritte die Thatsache, daß er an die Stelle des Beklagten als Eigentümer von dessen ganzem Anwesen trat, jede Ungewißheit in Betreff der Grenzen und Lage seiner Güter ausschloß. Und so hat denn auch der Erfolg gelehrt, daß der Kläger seine sämtlichen Parzellen fand und in Besitz nahm, ohne daß er zu ihrer Ermittlung anderweitige Hilfsmittel in Anspruch genommen zu haben behauptet.

Es liegen also Nichtigkeit begründende Verstöße gegen Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes in den vom Kläger behaupteten Mängeln des Güterbeschriebs nicht vor.

Der Kläger glaubt nun weiterhin die Aufhebung des Kaufvertrags vom 15. März 1895 durch Geltendmachung des Reurechts bewirken zu können, welches das Liegenschafts-Gesetz vom 23. Juni 1853 in Art. 8 bezw. 9 den Kontrahenten gewährt.

Er geht hiebei zunächst von dem Satze aus, daß ein Mangel in den Formen der Art. 7—9 des Gesetzes, welcher auch nur in Beziehung auf einen Teil der Kaufsobjekte geltend gemacht werden kann, den Vertrag im ganzen der Anfechtung aussetze, daß insbesondere der einheitliche Vertrag in keinem Teile aufrecht erhalten werden könne, wenn das Reurecht in Beziehung auf einen Teil, d. h. auf einzelne, in einer von mehreren beteiligten Gemeindemarkungen gelegene, Grundstücke Platz greife. Die Richtigkeit dieses, nicht unzweifelhaften, Satzes kann nun aber dahingestellt bleiben, wenn sich darthun läßt, daß das Reurecht im vorliegenden Fall überall nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dasselbe wäre jedenfalls infolge Fristenablaufs erloschen, sofern nur derjenige Teil der verkauften Liegenschaft, auf welchen sich das vom Gemeinderat Oberweissach ausgesprochene Erkenntnis bezog, in Betracht käme; denn mag der Kläger seine Vertrags-

ausfertigung am 22. oder 23. März erhalten haben, die dreitägige Reuzeit des Art. 8 bis zum 25. März abgelaufen sein oder nicht, mag endlich der Gemeinderat Oberweissach am letzteren Tage auf gesetzlicher Grundlage oder ohne solche erkannt und der Schultheiß das Erkenntnis den Parteien am 27. oder 28. März 1895 eröffnet haben, — unter allen Umständen war auch die dreitägige Frist, welche das Gesetz in Art. 9 eventuell zur nachträglichen Rücktrittserklärung gewährt, längst abgelaufen, als der Kläger im März 1896 die Klage im gegenwärtigen Prozeß erhob.

Aber das vom Kläger in Anspruch genommene Reu- oder Rücktrittsrecht greift auch insoweit nicht Platz, als man etwa die Verhältnisse, wie sie bezüglich der Güter auf den Markungen Lippoldsweiler und Hohenweiler liegen, für maßgebend erklären wollte. Denn daß das Reurecht des Art. 8 bezüglich des ganzen Kaufvertrags erloschen ist, unterliegt keinem Zweifel.

Die Reuzeit hat, wie der Kläger selbst eventuell einräumt, mit der Thatsache der Aushändigung der Vertragsabschriften an die Kontrahenten zu laufen begonnen, da die vom Gesetz vorgesehene schriftliche Empfangsbescheinigung der letzteren eine materielle Bedeutung in dieser Richtung nicht hat. Der Kläger nimmt aber, der Argumentation des Unterrichters folgend, das Rücktrittsrecht des Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes in Anspruch auf Grund der 2 Sätze: erstlich, die Einreichung der erwähnten, im vorliegenden Fall bis jetzt nicht zu den Akten gebrachten, Empfangsbescheinigung sei für die Statthaftigkeit des gerichtlichen Erkenntnisses in dem Sinn maßgebend, daß die Versäumung dieser Förmlichkeit ein nachträgliches Rücktrittsrecht im Sinn des Art. 9 des Liegenschafts-Gesetzes für die Parteien begründe, — und zweitens: die Ausübung dieses Rücktrittsrecht stehe den Kontrahenten ebensowohl vor als nach dem gerichtlichen Erkenntnis und dessen Eröffnung frei.

Die Unrichtigkeit des letzteren Satzes entkräftet den ganzen Angriff des Klägers. Der Wortlaut des Gesetzes thut

ohne weiteres dar, daß die Voraussetzung des Rücktrittsrechts des Art. 9 in erster Linie das gemeinderätliche Erkenntnis ist, daß vor diesem und seiner Eröffnung jenes weitere Reurecht gar nicht in Frage kommt. Das entspricht ja auch allein dem Zweck des Gesetzes, der dahin geht, den Kontrahenten die größtmöglichen Garantien für unverkürzte Ausübung des dreitägigen Reurechts zu gewähren; solche Garantien werden aber erforderlich erst nach dem gerichtlichen Erkenntnis, denn bis dahin können und sollen die Kontrahenten selbst und der für das Erkenntnis zuständige Gemeinderat für die Einhaltung der Reufrist und für die Beobachtung etwaiger besonderer, die Wirksamkeit des Erkenntnisses beeinflussender Förmlichkeiten Sorge tragen. Wollte man das Rücktrittsrecht des Art. 9 schon in dieses Stadium des Verfahrens übertragen, so hieße das die Reuzeit, die nach dem Gesetz auf 3 Tage beschränkt werden kann und in den meisten Fällen auf diese Dauer beschränkt wird, bis zum gemeinderätlichen Erkenntnis perpetuieren, solange nicht jene formelle Bescheinigung beschafft wird; es wäre also eine Abgrenzung der Reuzeit, welche mit der Vorschrift des Art. 8 Abs. 2 vgl. mit Art. 7 Abs. 2 geradezu im Widerspruch stände. Ist nun nach den Parteibehauptungen die Zustellung der Vertragsabschriften an die Kontrahenten spätestens am 23., das Erkenntnis des Gemeinderats Oberweissach unbestrittener Maßen am 25. und dessen Eröffnung an die Parteien am 27., wie der Kläger, oder am 28. März, wie der Beklagte behauptet, erfolgt, so ist bezüglich der Kammerhof-Oberweissacher Liegenschaft zwar die dreitägige Reuzeit des Art. 8 nicht gewahrt, wohl aber die sie ersetzende Rücktrittsfrist des Art. 9 spätestens mit dem 31. März 1895 abgelaufen, dagegen bezüglich der auf den Markungen Lippoldsweiler und Hohenweiler gelegenen Grundstücke das Reurecht des Art. 8 mit dem Ablauf des 26. März erloschen und die erste Voraussetzung für die Geltendmachung eines Rücktrittsrechts aus Art. 9 — das gerichtliche Erkenntnis des Gemeinderats Lippoldsweiler — überhaupt nicht gegeben.

Hieraus folgt, daß die Klage auch insofern, als sie den

Kaufvertrag auf Grund des gesetzlichen Reurechts aufgehoben wissen will, unbegründet und hinfällig ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 8. April 1897 in Sachen Hilt gegen Bühner.

3.

Sind die Ansprüche des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen aus dessen Dienstvertrag übertragbar [1]?

Der Beklagte ist 1885 in das Geschäft der Firma B. u. Cie. in Stuttgart als Handlungsgehilfe eingetreten. Inhaber der Firma waren damals Otto L. und Karl Sch. als offene Gesellschafter; Sch. ist Anfang des Jahrs 1890 aus der Gesellschaft ausgetreten, die sich infolge hievon auflöste, L. hat aber das Geschäft unter der Firma B. u. Cie. fortbetrieben. Nach seinem 1893 erfolgten Tod hat seine Witwe, der unter Aufschub der Eventualteilung die Verwaltung des Nachlasses überlassen war, durch Vertrag vom 30. Dezember 1893 das Geschäft auf 1. Januar 1894 an die jetzigen Inhaber der klagenden Firma, Karl B. und Valentin W., verkauft; in Ziff. 5 dieses Kaufvertrags ist bestimmt: „In die sämtlichen geschäftlichen Vertragsverhältnisse der Firma B. u. Cie. speziell der Angestellten — haben die Käufer einzutreten."

Beklagter hat am 5. August 1889 einen vom 1. Juli 1889 datierten „Vertrag zwischen der Firma B. u. Cie. und Herrn Karl L." unterzeichnet. § 4 lautet: „Herr Karl L. verpflichtet sich —, im Fall seines Austritts aus dem Geschäft der Firma B. u. Cie., wann und aus welchem Grunde derselbe erfolgen sollte, innerhalb 5 Jahren vom Tage des Austritts an — in Württemberg, sowie an den außerhalb Württembergs gelegenen Plätzen, die er als Vertreter der Firma B. u. Cie. regelmäßig besucht hat, sich jeder Konkurrenzthätigkeit zu enthalten — bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von —

1) Vergl. Seuffert Bd. 48 nr. 176. — Anm. d. E.

5000 Mark." Nachdem Beklagter von dem beabsichtigten Verkauf des Geschäfts an die jetzigen Inhaber Kenntnis erlangt hatte, verlangte er die Rückgabe seines Dienstvertrags, die ihm aber infolge Ablehnung des Verlangens seitens der jetzigen Geschäftsinhaber verweigert wurde. Ob diese Weigerung dem Beklagten vor oder nach dem 1. Januar 1894 mitgeteilt wurde, ist bestritten. Von der in Ziff. 5 des Vertrags zwischen Frau L. und den jetzigen Geschäftsinhabern enthaltenen Bestimmung hat Beklagter durch Frau L. Kenntnis erhalten. Mitte Februar 1894 hat er von der Reise aus mittels eingeschriebenen Briefs der Klägerin auf 1. April 1894 gekündigt und betreibt jetzt in Augsburg ein Geschäft, das anerkanntermaßen in den Kreis der nach dem Inhalt der Ziff. 4 des Dienstvertrags vom $\frac{\text{1. Juli}}{\text{5. August}}$ 1889 dem Beklagten untersagten Thätigkeit fällt.

Gegen die auf Bezahlung der Konventionalstrafe von 5000 M. gerichtete Klage hat Beklagter u. a. geltend gemacht: Die von ihm in dem erwähnten § 4 übernommenen Verpflichtungen haben gegenüber den jetzigen Inhabern der Firma B. u. Cie. keine Geltung.

Diese Einrede ist vom Berufungsgericht verworfen worden aus folgenden

Gründen:

I. Das Dienstverhältnis eines Handlungsgehilfen endet im Zweifel weder zufolge des Todes des Prinzipals noch dadurch, daß der Prinzipal das Geschäft an einen Dritten verkauft. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich der Rechte des Handlungsgehilfen; das Recht auf den Gehalt insbesondere dauert gegenüber dem bisherigen Prinzipal bezw. dessen Erben fort, solang das Dienstverhältnis nicht durch Kündigung oder Zeitablauf oder in anderer Weise gelöst wird. Was aber die Pflichten des Handlungsgehilfen anlangt, so hört seine Verpflichtung zur Leistung der vertragsmäßigen Dienste im Zweifel nicht mit dem Tod des Prinzipals auf [1].

1) Vergl. Windscheid, Pand. § 359; § 402 Ziff. 4 (6. Aufl.).

Bezüglich der Uebertragbarkeit des Anspruchs auf Dienste gilt gemeinrechtlich und in Württemberg der Grundsatz, daß die Uebertragung nicht schlechthin, wohl aber dann unzulässig ist, wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne eine (dem Schuldner nachteilige) Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann [1]).

Von diesen Grundsätzen aus besteht kein Zweifel, daß die dem Beklagten zufolge seines Dienstvertrags obliegenden Verpflichtungen bei Auflösung der Gesellschaft (1890) dem nunmehrigen alleinigen Geschäftsinhaber Otto L. und nach dessen Tod seiner Witwe gegenüber fortbestanden haben, wie denn auch der Beklagte selbst dies nicht in Abrede zieht.

II. Beklagter bestreitet ferner nicht, daß durch den zwischen der Witwe L. und den jetzigen Inhabern der Firma B. u. Cie. geschlossenen Vertrag nach dem Willen der Kontrahenten die gegen ihn auf Grund seines Dienstvertrags bestehenden Ansprüche auf die neuen Geschäftsinhaber übertragen werden sollten, er verneint aber die Rechtswirksamkeit dieser Uebertragung ihm gegenüber. Jedoch mit Unrecht.

1. Es kommt hiebei wesentlich in Betracht, daß diese Uebertragung nicht für sich allein erfolgt ist, sondern in Verbindung mit dem Uebergang des Geschäfts der Firma B. u. Cie. auf die jetzigen Inhaber. Läge die Sache so, daß die Witwe L. ihr Geschäft aufgelöst und mit den Inhabern eines andern Geschäfts vereinbart hätte, letztere sollen die Handlungsgehilfen der bisherigen Firma B. u. Cie. nunmehr in ihre Dienste nehmen, so wäre allerdings kaum zweifelhaft, daß Beklagter diesen Ueber=

Dernburg, Pand. Bd. 2 § 112 bei Note 6 (3. Aufl.). Staub, Kommentar zum H.G.B. § 4 zu Art. 63 (2. Aufl.). Motive zu § 563 E.B.G.B. Bd. 2 S. 465.

1) Vergl. W. J.B. Bd. 4 S. 289 ff. und die dortigen Citate in Note 2. Stobbe, D. Pr.R. (2. Aufl.) § 177 bei und in Note 44. Dernburg, a. a. O. § 50 Ziff. 1. Staub a. a. O. Makower, Komment. zum H.G.B. (10. Aufl.) Note 6b zu Art. 64. (B.G.B. §§ 399. 413. 613 und zu letzterer Bestimmung Prot. der 2. Lesung S. 2145.)

gang in die Dienste des Inhabers eines andern Geschäfts sich nicht gefallen zu lassen brauchte. Anders liegt aber die Sache, wenn — wie im gegenwärtigen Fall — der bisherige Geschäftsinhaber anläßlich der Veräußerung des Geschäfts mit dem Erwerber vereinbart, daß letzterer in die Verträge mit den Angestellten einzutreten habe. Diesfalls bleibt die Thätigkeit der Angestellten dieselbe wie zuvor; es hat auch Beklagter keine Behauptung in der Richtung aufgestellt, daß der Inhalt seiner Verpflichtungen durch das Eintreten der neuen Geschäftsinhaber in Betreff der Art und des Umfangs seiner Thätigkeit eine (für ihn nachteilige) Veränderung erlitten habe. Die Art der Thätigkeit ist aber jedenfalls ein Hauptmoment bei Abschluß des Anstellungsvertrags seitens eines Handlungsgehilfen und wenn sie beim Uebergang des Geschäfts in andere Hände unverändert bleibt, ist im Zweifel die Uebertragung des Anspruchs auf die Dienste eines Handlungsgehilfen für zulässig zu erachten. (Wie es sich bezüglich der Dienste von Angestellten höherer Kategorie: „Direktoren" und dergl. verhält, bleibt hiebei dahingestellt.) Die gegenteilige Annahme würde auch zu Ergebnissen führen, die den Verhältnissen des Lebens nicht gerecht würden: wenn ein Kaufmann sein Geschäft verkauft und mit dem Käufer dessen Eintritt in die Verträge mit den Angestellten vereinbart, so könnten die betroffenen Handlungsgehilfen Fortbezahlung ihres Gehalts bis zur Kündigung oder dem Ablauf ihres Vertrags verlangen ohne ihrerseits irgendwelche Dienste zu leisten und obwohl ihre Stellung in Betreff der Art ihrer Beschäftigung ganz unverändert geblieben wäre! Wenn und soweit sich ein Handlungsgehilfe gefallen lassen muß, daß infolge eines Todesfalls eine andere Person sein Prinzipal wird, muß er sich regelmäßig auch gefallen lassen, daß durch den Verkauf des Geschäfts eine andere Person sein Prinzipal wird (immer vorausgesetzt, daß Art und Umfang seiner Thätigkeit gleich bleibt). Die Persönlichkeit des Prinzipals ist in Dienstverhältnissen wie dem des Beklagten kein derart wichtiges Moment, daß im Zweifel ein Wechsel in der Person des

Prinzipals den Handlungsgehilfen ohne weiteres von der Pflicht der Fortleistung seiner Dienste entbindet; auch zufolge des Todes des Prinzipals kann an dessen Stelle eine dem Handlungsgehilfen minder genehme Persönlichkeit treten, ohne daß er deshalb seiner Dienstpflichten entbunden wird. Die Zumutung, dem Rechtsnachfolger des bisherigen Prinzipals die dem letzteren seither geleisteten Dienste weiter zu verrichten, ist namentlich dann keine unbillige, wenn der Handlungsgehilfe, wie hier, das Recht der Kündigung nach Maßgabe des Art. 61 H.G.B. hat.

2. Allerdings mag unter Umständen, obwohl die geschäftliche Thätigkeit nach Art und Umfang dieselbe bliebe, ein Handlungsgehilfe berechtigt sein, seine Dienste dem Rechtsnachfolger des bisherigen Prinzipals zu versagen, wenn die Persönlichkeit dieses Rechtsnachfolgers oder dessen persönliches Verhältnis zu dem betreffenden Angestellten die Fortleistung der Dienste an diesen Prinzipal als ein unbilliges Ansinnen erscheinen lassen. Was aber Beklagter in dieser Richtung vorgetragen hat, ist durchaus unerheblich. (Dies wird näher ausgeführt, sodann fahren die Gründe fort:)

III. Aber auch die vom Beklagten gemäß § 4 seines Dienstvertrags übernommenen Verpflichtungen bestanden trotz dem eingetretenen Wechsel in der Person des Geschäftsinhabers fort und die entsprechenden Rechte sind auf die jetzigen Geschäftsinhaber übergegangen. Daß ein solcher Wechsel diese Verpflichtungen nicht notwendig berührt, erkennt Beklagter selbst an, sofern er nicht in Abrede zieht, daß sie fortbestanden haben, auch nachdem die Witwe L. an Stelle ihres Ehemanns Geschäftsinhaberin geworden war. In der That ist auch der vertragsmäßige Anspruch darauf, daß ein Handlungsgehilfe nach seinem Austritt in gewissen Grenzen dem Geschäft, dem er bisher angehört hat, keine Konkurrenz mache und im Zuwiderhandlungsfall eine Konventionalstrafe bezahle, seiner Natur nach kein höchstpersönlicher, unvererblicher und unübertragbarer [1]. Insbesondere

1) Vergl. R.G. 37 nr. 46. — Anm. d. E.

dann, wenn — wie im vorliegenden Fall — die Verpflichtung von dem Commis gegenüber der Firma und zwar der Firma einer offenen Handelsgesellschaft übernommen ist, muß im Zweifel angenommen werden, daß der entsprechende Anspruch vererblich und (in Verbindung mit der Veräußerung des Geschäfts) übertragbar ist. Die „Firma“ wird im Leben (wenn auch nicht im Recht) als ein trotz Wechsel der Inhaber fortbestehendes Subjekt behandelt und der Prinzipal, der mit einem Handlungsgehilfen einen Vertrag wie den des Beklagten schließt, will regelmäßig damit Vorsorge treffen, daß auch im Fall seines Todes oder des Verkaufs des Geschäfts diesem keine Konkurrenz entstehe, die seinen Erben bezw. ihm selbst — durch den Einfluß, den eine derartige Aussicht auf die Höhe des Kaufpreises ausüben kann — schädigen könnte. Bei dieser Sachlage wäre es Sache des Beklagten gewesen, der sich der Firma B. u. Cie. gegenüber verpflichtet hat, zum Ausdruck zu bringen, daß er sich nur den dermaligen Geschäftsinhabern (und etwa deren Erben) gegenüber, unter keinen Umständen aber etwaigen dritten Erwerbern des Geschäfts gegenüber bezüglich des Betriebs eines Konkurrenzgeschäfts im Fall seines Austritts aus dem Geschäft der Firma binden wolle; in Ermanglung eines derartigen Vorbehalts seitens des Beklagten kommen eben die in Betreff der Uebertragbarkeit von Ansprüchen der in Rede stehenden Art geltenden Rechtsgrundsätze in Anwendung. Nach diesen ist aber die Uebertragung derartiger Ansprüche für zulässig zu erachten, soweit die Rechte auf die Dienste des betreffenden Angestellten übertragbar sind und gleichzeitig übertragen werden; die betreffenden Verpflichtungen der Angestellten bilden ja einen integrierenden Bestandteil ihrer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeiten. Der Anspruch auf Bezahlung der 5000 M. insbesondere ist eine bedingte Forderung, deren Uebertragbarkeit an sich nichts im Weg stand; fraglich kann nur sein, ob durch den Verkauf des Geschäfts nicht der Eintritt der einen Bedingung — ein „Austritt“ des Beklagten aus dem Geschäft der Firma B. u. Cie. —

unmöglich gemacht wurde, sofern hiedurch Beklagter seiner Dienstverpflichtung ohne sein Zuthun enthoben wurde; die letztere Auffassung ist aber bereits oben unter Ziff. II als unzutreffend zurückgewiesen worden.

IV. Hienach ist die Verpflichtung des Beklagten aus § 4 seines Dienstvertrags nicht durch den Uebergang des Geschäfts der Firma B. u. Cie. auf die jetzigen Gesellschafter erloschen, die auf jene Vertragsbestimmung sich gründenden Ansprüche sind vielmehr zufolge des zwischen der Witwe L. und den nunmehrigen Geschäftsinhabern abgeschlossenen Vertrags auf letztere übertragen worden. Daß deren Verhalten seit 1. Januar 1894 dem Beklagten zu seiner Kündigung Anlaß gegeben habe, ist nicht behauptet.

V. Bei dieser Sachlage kommt darauf nichts an, ob Beklagter selbst seine Verpflichtung anerkannt hat, vom 1. Januar 1894 an unter den Bedingungen seines Dienstvertrags vom $\frac{\text{1. Juli}}{\text{5. August}}$ 1889 den jetzigen Geschäftsinhabern die vertragsmäßigen Dienste zu leisten. In Wirklichkeit hat aber Beklagter die neuen Gesellschafter als seine Prinzipale anerkannt, wie insbesondere die Thatsache beweist, daß er ihnen (bezw. der Firma B. u. Cie.), und nicht etwa der Witwe L., gekündigt hat. In Kenntnis davon, daß die Käufer des Geschäfts in die Verträge mit den Angestellten eintraten und ihm die Herausgabe seines Dienstvertrags verweigerten, ihn also als ihren Angestellten betrachteten (wovon er jedenfalls bald nach dem 1. Januar Kenntnis erlangt haben muß, nachdem er schon vor dem 30. Dezember 1893 die Rückgabe des Vertrags verlangt hatte), hat Beklagter ohne in irgend einer Beziehung gegenüber den neuen Geschäftsinhabern Verwahrung einzulegen, ihnen seine Dienste in der früheren, dem Vertrag entsprechenden Weise gewidmet, und hienach ist die Annahme gerechtfertigt, daß er unter den bisher für ihn geltenden Vertragsbedingungen das Dienstverhältnis mit den neuen Gesellschaftern fortzusetzen gewillt oder fortzusetzen zu müssen sich bewußt war. Ob ihn bei seinem Verhalten

Rücksichten auf die Witwe L. oder andere Beweggründe leiteten, ist unerheblich; wenn er alsbald nach erlangter Kenntnis von dem Geschäftsübergang den Entschluß gefaßt und Dritten gegenüber ausgesprochen hat, „ehest möglich aus dem Geschäft auszutreten," so spricht das lediglich dafür, daß er selbst davon ausgegangen ist, es bestehe für ihn die Verpflichtung, in dem Geschäft zu bleiben, solang er nicht seinerseits gekündigt habe; wäre seine Verpflichtung, im Geschäft thätig zu sein, mit dessen Uebergang auf die neuen Gesellschafter erloschen gewesen, so hätte es eines „Austritts aus dem Geschäft" seinerseits nicht mehr bedurft.

Zwischenurteil des I. Civilsenats vom 6. November 1896 in Sachen Bender u. Cie. gegen Lehr.

Das Reichsgericht hat die — auch gegen das Zwischenurteil sich richtende — Revision des Beklagten zurückgewiesen, weil sie jedenfalls an der eventuellen Begründung des Berufungsgerichts (vergl. Ziff. V der vorstehend abgedruckten Gründe) scheitern müsse.

4.

1. Abänderung gerichtlicher Entscheidungen in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im Weg der Dienstaufsicht?
2. Zwangsenteignung oder Kauf?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

I. Anläßlich der Anlegung eines Armeeschießplatzes im Münsinger Hardt hat die K. Württ. Militärverwaltung wie auf andern Gemeindemarkungen so auch auf der Markung der Gemeinde Böttingen O./A. Münsingen Grunderwerbungen gemacht, die in der Form von Kaufverträgen erfolgt und zum gerichtlichen Erkenntnis gebracht worden sind. Der Abschluß der Kaufverträge erfolgte, nachdem auf Grund der K. Verordnung vom 3. August 1895 (R.Bl. S. 266) das Enteig-

nungsverfahren eingeleitet, der Enteignungsplan, wonach die Enteignung der nachher von der Militärverwaltung im Weg des Kaufs erworbenen Grundstücke in Aussicht genommen war, rechtskräftig festgestellt und die Abschätzung der Grundstücke durch beeidigte Sachverständige erfolgt war, aber ohne daß von der Enteignungsbehörde schon die zu zahlende Entschädigung festgestellt oder gar ausbezahlt (oder hinterlegt) gewesen wäre, somit (vergl. Art. 37 Abs. 3, Art. 39 des Gesetzes vom 20. Dezember 1888 betr. die Zwangsenteignung von Grundstücken 2c.) vor Zustellung der Enteignungsverfügung. Die in Rede stehenden Kaufverträge sind nach einem Formular abgeschlossen, das im wesentlichen folgendermaßen lautet: „Oberamt — Gemeinde — Kaufvertrag verhandelt den —. Zum Zweck der Anlage eines Schießplatzes kauft die K. Württ. Militärverwaltung die nachbenannten Grundstücke von deren Eigentümer unter folgenden Bedingungen: 1. Die Verkäufer sind an den vereinbarten Kaufpreis bis 1. September 1895 einschließlich gebunden und zwar gelten die Verkäufe ihrerseits auf stet und fest abgeschlossen bezw. wird bei Verkäufen von 10 Morgen und darüber die Reuzeit auf drei Tage beschränkt. Seitens des Käufers sind die Käufe nur provisorische und wird die Bestätigung der Kaufverträge bis 1. September d. J. vorbehalten. 2. Die Grundstücke gehen mit allen Rechten und Zubehörden auf die Käufer über, der Verkäufer hat alle Unterpfandsrechte, sowie etwaige Reallasten, Leibgedings- und sonstige Ansprüche dritter Personen als Nutznießungsrechte, Pachtansprüche u. s. w. auf seine Rechnung abzufinden und das Kaufsobjekt lasten- und schuldenfrei an die Militärverwaltung zu übergeben. 3. Das Eigentum an den gekauften Grundstücken geht ohne weitere Förmlichkeit nach erfolgtem gerichtlichem Erkenntnis auf die Militärverwaltung über. Die Reuzeit ist auf 3 Tage beschränkt. 5. Die Bezahlung des Kaufschillings erfolgt in den einzelnen Gemeinden bar binnen 4 Wochen nach erfolgtem Eigentumsübergang der Grundstücke auf die Militärverwaltung —. 7. Die Accise hat der Verkäufer, die übrigen

Kaufskosten der Käufer zu zahlen. — Unter vorstehenden Bedingungen verkauft N. N. an die K. Militärverwaltung, vertreten durch — die nachgenannten Grundstücke —:

Anerkannt (Böttingen) den .... Oktober 1895; der Verkäufer: —: Namens der Käuferin: —". Die Verkäufer aus mehreren Gemeinden, insbesondere auch aus Böttingen, haben bei den Finanzbehörden um Nachlaß der Accise nachgesucht mit der Begründung: die in Frage stehenden Grundabtretungen seien, obwohl in die Form von Kaufverträgen gebracht, doch in Wirklichkeit unfreiwillig und nur unter dem Druck der drohenden Zwangsenteignung erfolgt.

Auf eine von 65 Einwohnern von Böttingen gegen das (längst erteilte) gerichtliche Erkenntnis über die in Rede stehenden Kaufverträge eingelegte Beschwerde hat das K. Amtsgericht Münsingen mit Beschluß vom 31. Januar 1897 ausgesprochen: die Erteilung des gemeinderätlichen Erkenntnisses sei nicht begründet und ein Erkenngeld (dessen Bezahlung nach Ziff. 7 der Vertragsbedingungen dem Käufer oblag) nicht anzusetzen gewesen. Weil hiemit für die betreffenden Fälle die Grundlage des Acciseansatzes hinfällig geworden und in sichere Aussicht zu nehmen war, daß auch die weiteren Beteiligten aus der Böttinger und andern Markungen die Aufhebung der gerichtlichen Erkenntnisse herbeizuführen versuchen werden, hat das K. Steuerkollegium Abteilung für direkte Steuern an das K. Landgericht Ulm das Ersuchen gestellt, den Gegenstand im Oberaufsichtsweg zu prüfen und je nach dem Ergebnis dieser Prüfung den amtsgerichtlichen Beschluß außer Wirkung zu setzen. Mit Note vom 23. Juni 1897 hat jedoch die erste Civilkammer des K. Landgerichts zu Ulm erklärt, nicht in der Lage zu sein, diesem Antrag zu entsprechen, weil die sogenannten Kaufverträge „keine willkürlichen, freiwilligen Veräußerungsgeschäfte — sondern lediglich Vergleiche über die Entschädigungssumme für die auf Grund des rechtskräftigen Planfeststellungsbeschlusses der Enteignungsbehörde — gezwungen abzutretenden Grundstücke" seien. Das K. Steuerkollegium hat sich nunmehr an das

Oberlandesgericht mit dem Ersuchen gewandt, die Frage, ob die mehrerwähnten Grunderwerbungen des gerichtlichen Erkenntnisses bedürfen, im Oberaufsichtsweg einer Prüfung zu unterziehen und je nach Befund die erforderliche Verfügung zu treffen, wobei bemerkt wurde, daß das K. Amtsgericht Urach und die Civilkammer des K. Landgerichts Tübingen sich in Betreff der ähnlichen Liegenschaftskaufverträge auf der Markung Zainingen für das Erfordernis des gerichtlichen Erkenntnisses ausgesprochen haben.

II. Man hat kein Bedenken getragen, die von dem K. Steuerkollegium angeregte Frage auf Grund der dem Oberlandesgericht zustehenden Dienstaufsicht von Amts wegen zu prüfen, da es sich nicht um eine die privatrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten berührende Angelegenheit, sondern lediglich um eine Frage der Rechtspolizei handelt, deren Entscheidung nicht etwa gesetzlich ausschließlich den Untergerichten zugewiesen ist, und weil die verfassungsmäßige richterliche Unabhängigkeit der Untergerichte durch die Nachprüfung ihrer in Angelegenheiten der Rechtspolizei ergangenen Beschlüsse seitens der hinsichtlich der Dienstaufsicht vorgesetzten Gerichte so wenig beeinträchtigt wird, als durch die Nachprüfung ihrer in Prozeßsachen ergangenen Urteile seitens des Berufungs- oder Revisions-Gerichts.[1])

III. Der Standpunkt, den die Civilkammer des K. Landgerichts Ulm in Uebereinstimmung mit dem K. Amtsgericht Münsingen eingenommen hat, erweist sich als unhaltbar. Die Civilkammer spricht den zwischen der Militärverwaltung und den Grundstückseigentümern getroffenen Vereinbarungen den Charakter der Kaufverträge ab, weil „die Abmachung die Besitzveränderung nicht zum Gegenstand, sondern zur

1) Vergl. auch Entsch. des O.-Trib. vom 25. Mai 1875 im württ. Ger.-Bl. Bd. 10 S. 122—24 (bei Boscher Bd. 18 S. 69 ff.) und vom 18. Januar 1878 in der Beschwerdesache der K. Eisenbahnbaukommission gegen einen Beschluß der Civilkammer des K. Kreisgerichtshofs Stuttgart vom 4. Mai 1877 wegen gerichtl. Erkennisses in Expropriationssachen.

Grundlage" habe, durch die gütliche Abmachung nicht bestimmt werde, daß und was abgetreten werden solle, sondern nur was gezahlt werden solle; sie sei kein Vergleich über das Eigentum, sondern ein Vergleich über einen Schadensersatzanspruch; es sei „unabänderlich festgestanden", daß und was jeder Einzelne zum Schießplatz abzutreten gehabt habe, die Abtretung der Grundstücke sei eine „vollzogene, vom Willen der Eigentümer unabhängige Thatsache" gewesen, der Wille der Böttinger sei dem der Militärverwaltung in Hinsicht der Frage der Abtretung ihrer Grundstücke gar nicht, sondern nur in der Ausmessung des Schadensersatzes entgegengekommen. Diese Ausführungen stehen nicht im Einklang mit dem Inhalt des Gesetzes vom 20. Dezember 1888 betr. die Zwangsenteignung von Grundstücken rc. und Art. 30 der Verfassung in der Fassung des Verfassungsgesetzes vom gleichen Tag. Hienach kann niemand gezwungen werden „sein Eigentum für allgemeine Staats- oder Korporationszwecke abzutreten, ehe über die Notwendigkeit in dem gesetzlich bestimmten Verfahren — entschieden und volle Entschädigung geleistet worden ist". Demgemäß kann nach Art. 37 Abs. 3 des Gesetzes die Enteignungsverfügung erst erlassen werden, wenn die Entschädigungssumme bezahlt oder hinterlegt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Enteignung keine „vollzogene Thatsache", es kann eine Aenderung des Plans stattfinden (vergl. Art. 26 a. a. O.), der Unternehmer kann auch — z. B. weil ihm die zu zahlenden Entschädigungen zu hoch sind — von seinem Vorhaben ganz abstehen; bis zu dem genannten Zeitpunkt ist daher ein Grundstückseigentümer, dessen Grundstück nach dem festgesetzten Plan enteignet werden soll, zu dessen Abtretung nicht verpflichtet und kann sie andererseits nicht beanspruchen [1]).

Zu der Zeit da die in Rede stehenden Kaufverträge abgeschlossen wurden, bestand also kein „Schadensersatzanspruch"

1) Vergl. Motive zu Art. 39 a. a. O. Kammerverhandlungen von 1886/87 1. Beil.-Bd. S. 400. Kommissionsbericht zu Art. 39 ibid. S. 673.

der Grundstückseigentümer und es kann keine Rede davon sein, daß die Militärverwaltung über einen solchen Anspruch, von dem sie wußte, daß er nicht bestand, einen „Vergleich" zu schließen beabsichtigte. Wenn auch mit aller Sicherheit vorauszusehen war, daß den Eigentümern die betreffenden Grundstücke im Weg der Enteignung zwangsweise genommen werden würden, falls sie sie nicht freiwillig abtraten, und wenn sie auch mit Einwendungen gegen die Notwendigkeit und die Art und den Umfang der Abtretung ausgeschlossen waren (Art. 19. 25. a. a. O.), so war doch die Abtretung noch nicht erfolgt und stand es formell noch nicht fest, ob es dazu kommen werde. Die getroffenen Vereinbarungen haben daher nicht bloß die Festsetzung des für die Grundstücke zu zahlenden Preises, sondern deren Ueberlassung an die Militärverwaltung zum Gegenstand gehabt und sind daher nicht nur der Form, sondern auch dem Wesen nach Kaufverträge; die Aussicht, daß die Grundstücke zwangsweise enteignet würden, falls sie nicht käuflich abgetreten werden, bildete wohl den Beweggrund für den Abschluß der Verträge, aber dieser Beweggrund ist für die Natur des Rechtsgeschäfts ohne Bedeutung; es ist auch rechtlich gleichgültig, ob jemand einen Kaufvertrag über sein Grundstück abschließt zu einer Zeit, da er nur vermutet —, oder zu einer Zeit, da er mit aller Sicherheit voraussieht, daß ihm andernfalls sein Eigentum im Weg der Zwangsenteignung genommen würde. Daß in Ziff. 1 der Bedingungen nur von einer Gebundenheit der Verkäufer an den Kaufpreis die Rede ist, erklärt sich daraus, daß beide Teile sich darüber klar waren, daß, wenn die Kaufverträge sich zerschlagen, die Abtretung der Grundstücke eben im Weg der Zwangsenteignung erfolge; daß das Eigentum an den Grundstücken den Eigentümern auf dem einen oder andern Weg entzogen werde, stand außer Zweifel und so stellte sich für die Vertragschließenden die Einigung über den Kaufpreis als das wesentliche der getroffenen Abmachungen dar, die aber deshalb den Charakter wirklicher Kaufverträge nicht verloren.

Die rechtlichen Folgen der Verträge sind denn auch von denen einer Zwangsenteignung verschieden. Der Uebergang des Eigentums auf die Militärverwaltung ist lediglich auf Grund der Verträge erfolgt, nicht auf Grund eines einseitigen Akts der Enteignungsbehörde, der „Enteignungsverfügung", die ja gar nicht ergangen ist. Hieran knüpfen sich unter Umständen sehr erhebliche Folgen, insbesondere in Betreff der dinglichen Rechte Dritter an den Grundstücken: ist eine Enteignungsverfügung ergangen, so wird mit deren Zustellung das enteignete Grundstück von allen darauf haftenden dinglichen Lasten befreit (Art. 39 Abs. 2 a. a. O.) [1]; es liegt diesfalls kein abgeleiteter Erwerb vor, sondern es wird durch die Enteignung ein neues Recht in der Person des Enteignenden begründet. Anders im vorliegenden Fall: hier ist vereinbart, daß die Grundstücke frei von allen Unterpfandsrechten u. s. w. zu übergeben seien; wenn aber die Befriedigung eines Unterpfandsgläubigers übersehen worden sein sollte, so bestände dessen Unterpfandsrecht gegenüber der Militärverwaltung fort, die unmöglich geltend machen könnte, das Unterpfandsrecht sei untergegangen, der Kaufpreis sei an Stelle des Grundstücks getreten (wie nach Art. 14 Abs. 2 a. a. O. die Geldentschädigung im Fall der Enteignung).

Hienach geben die Motive zum Ges. v. 20. Dez. 1888 [2]) den Inhalt des Gesetzes durchaus zutreffend wieder, wenn sie sagen: der Entwurf gehe durchweg von der Auffassung aus „daß Rechtsgeschäfte zur Erreichung der Zwecke, für welche die Enteignung als Mittel dienen kann, in jedem Abschnitt des Verfahrens zulässig sind, aber, soweit sie vorkommen, hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen ganz nach den privatrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen, Rechtsgeschäfte also mit Wirkungen, die nicht dem Rechtsgeschäft, sondern nur der Zwangsenteignung zukommen, unbedingt ausgeschlossen sind" (wobei zu beachten ist, daß mit Zustellung der Enteignungsverfügung das eigentliche Enteignungsverfahren abge-

1) Kammerverhandlungen a. a. O. Motive S. 399—400.

2) A. a. O. S. 398.

schlossen ist). Dieser Auffassung ist auch der Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten beigetreten, der demzufolge mit Recht annimmt, daß förmliche Veräußerungsverträge auch nach Beendigung des Planfeststellungsverfahrens noch vorkommen können [1]). Wenn in der Litteratur mehrfach die Ansicht vertreten wird, eine Abmachung der in Rede stehenden Art sei nur dann ein Kauf, wenn die Notwendigkeit der Abtretung oder der Enteignungsplan noch nicht feststehe, so mag das richtig sein von dem für das gemeine Recht angeblich geltenden und in manchen Gesetzgebungen angenommenen Standpunkt aus, wonach die Enteignung perfekt ist „wenn die Rechtsmittel gegen das Enteignungserkenntnis verbraucht sind" [2]). Dieser Standpunkt ist aber eben, wie gezeigt, nicht der des württ. Gesetzes vom 20. Dezember 1888, das die Perfektion der Enteignung an die Auszahlung (oder Hinterlegung) der Entschädigung (oder an die Zustellung der Enteignungsverfügung) knüpft. Bei dem im württ. Ger.-Bl. Bd. 14 S. 140 ff. abgedruckten Plenarbeschluß des vormaligen Obertribunals handelte es sich um einen durchaus anders gelagerten Fall, in dem eine Einigung über den Kaufpreis nicht erfolgt, sondern nur die Notwendigkeit der Abtretung anerkannt worden war.

Steht nach dem Ausgeführten fest, daß die in Frage stehenden Verträge das sind, als was sie sich bezeichnen und nach ihrem Inhalt äußerlich darstellen, nämlich Kaufverträge, so kann unerörtert bleiben, ob ein Gemeinderat, dem derartige „Kaufverträge" behufs Erteilung des gerichtlichen Erkenntnisses vorgelegt werden, die Pflicht oder auch nur das Recht hat, eine Prüfung in der Richtung eintreten zu lassen, ob diese äußerlich sich durchaus als Kaufverträge darstellenden Vereinbarungen auch ihrem Wesen nach Kaufverträge sind.

---

1) A. a. O. S. 695; vergl. auch 2. Prot. Bd. v. 1886/88 S. 1297 rechte Spalte oben. Uebereinstimmend auch Geßler im württ. Ger.-Bl. Bd. 12 S. 13—14; vergl. auch R.G. 5 nr. 67.

2) Vergl. Rohland, Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts S. 39.

IV. Hienach war der von der Civilkammer gebilligte Beschluß des A.-G. Münsingen vom 31. Januar 1897 außer Wirkung zu setzen.

Beschluß des I. Civilsenats vom 16. November 1897 auf Note des Steuerkollegiums betr. den Accisеansatz aus Grunderwerbungen zum Armeeschießplatz im Münsinger Hardt.

5.

Endgültiger Kaufsabschluß?

Kläger, ein Schafhändler, hat eines Abends zwischen 8 und 9 Uhr in einer Wirtschaft den Beklagten, einen Bauern, aufgefordert, ihm sein Pferd abzukaufen. Beklagter wollte anfangs auf den Handel nicht eingehen, nach längeren Verhandlungen bot er für das Pferd 358 M. und 1 M. Trinkgeld, worauf Kläger einschlug und den Kauf für abgeschlossen erklärte. Als darauf Beklagter bemerkte: „aber auf Besehen" (oder: „halt auf Besehen" oder ähnliche Worte), erwiderte Kläger „halt Michel, das hast du zu spät gesagt"! Am andern Tag besichtigte Beklagter das Pferd und weigerte sich, es zu übernehmen. Die Klage des Klägers auf Zahlung des Kaufpreises ist in beiden Instanzen abgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die im gegenwärtigen Rechtsstreit in Betracht kommenden Rechtssätze sind klar und unzweifelhaft: wenn die Parteien übereinstimmend den festen Abschluß eines (unbedingten) Kaufs gewollt und diesen Willen zum Ausdruck gebracht haben, so ist durch die Erklärung des übereinstimmenden Willens der Kauf zum endgültigen Abschluß gelangt; eine einseitige nachträgliche Abänderung des in dieser Weise geschlossenen Vertrags war nicht mehr möglich, ein einseitiger, nachher beigefügter Vorbehalt rechtlich wirkungslos; ebenso bedeutungslos wäre es, wenn ein Teil zwar in seinem Innern

sich vorbehalten hätte, nur unter einer gewissen Bedingung auf den Kauf einzugehen, aber den Kauf unbedingt und fest abschließen zu wollen erklärt hätte („Mentalreservation").

Die Frage ist aber, ob der Kauf des Pferds in dem angegebenen Sinn endgültig und vorbehaltslos geschlossen worden ist? und diese Frage konnte man nach Lage der Sache nicht bejahen.

Nach der Auffassung des Klägers ist der Kauf dadurch zum festen und vorbehaltslosen Abschluß gelangt, daß Beklagter für das Pferd schließlich 359 M. geboten und Kläger hierauf „eingeschlagen" — d. h. (wie es nach den Aussagen der Zeugen scheint) einseitig die Hand des Beklagten ergriffen — hat. Es kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß hiemit eine Einigung der Parteien über den Kaufpreis erzielt war, also — da der Gegenstand des Kaufs feststand — eine Einigung über die notwendigen Bestandteile eines Kaufvertrags. In der Regel wird in einem solchen Fall ein Kauf als fest und unbedingt abgeschlossen zu gelten haben; notwendig ist dies aber nicht: es kann aus den Umständen, dem vorangegangenen Verlauf der Verhandlungen sich ergeben, daß das Preisangebot nicht in dem Sinn gemeint war, daß mit dessen Annahme der Kauf endgültig abgeschlossen sein sollte, daß vielmehr derjenige, der das Preisangebot gemacht hat, vor dem endgültigen Abschluß noch weitere Punkte geregelt wissen will oder sich die (nochmalige) Besichtigung des Kaufsgegenstands vorbehalten hat oder dergleichen. Nur dann also, wenn aus den Umständen sich ergibt, daß das Preisangebot in dem Sinn gemacht war, daß dessen Annahme den Kauf zum Abschluß bringen sollte, ist jeder nachträgliche Vorbehalt des Käufers rechtlich bedeutungslos; ob aber das Preisangebot in diesem Sinn erfolgt ist, ist in jedem einzelnen Fall Thatfrage: diese mag unbedenklich zu bejahen sein, wenn es sich um Kaufsverhandlungen zwischen Kaufleuten oder auf Märkten im Angesicht der Ware handelt oder wenn der Anstoß zu den Verhandlungen von demjenigen ausgegangen ist, der das Preisangebot ge-

macht hat. Anders aber liegt die Sache, wenn — wie im gegenwärtigen Fall — die Besprechung abends im Wirtshaus stattfindet, wenn die Parteien oder doch der Käufer keine gewerbsmäßigen Händler oder Kaufleute sind, wenn der Verkäufer den Anstoß zum Handel gegeben hat, wenn es sich um eine Ware handelt, die der Käufer zuvor nicht besehen hat und die man doch ohne vorgängige Besichtigung nicht zu kaufen pflegt. Unter den obwaltenden Umständen kann daher nicht als erwiesen angesehen werden, daß Beklagter das Angebot von 359 M. in dem Sinn und mit der Absicht gemacht hat, daß dessen Annahme den Kauf zum endgültigen Abschluß bringen sollte: es ist vielmehr ganz wohl möglich, daß Beklagter hiemit nur eine Einigung über den Preis herbeiführen wollte, vorbehaltlich seiner schließlichen endgültigen Erklärung über den Abschluß des Kaufs. Hiefür spricht vor allem, daß es ganz ungewöhnlich ist, daß jemand ein Pferd (oder sonst ein nutzbares Tier) kauft, ohne es zuvor besichtigt zu haben. Die Zeugenaussagen haben allerdings ergeben, daß dem Beklagten das Pferd nicht unbekannt war, aber auch, daß er das Bedenken geäußert hat, Kläger werde das Pferd durch Steinfuhren „hingemacht" haben. Es ist ferner nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme außer Zweifel, daß Beklagter im Lauf der Unterhandlungen — und zwar nach der Angabe des Zeugen K. „wiederholt" — davon gesprochen hat, man sollte den Gaul vorher besehen. Wenn er auf das Zureden des Klägers und dessen Versicherungen über Alter und Beschaffenheit des Pferds diesen Punkt — die vorgängige Besichtigung — zunächst fallen ließ und sich auf Unterhandlungen über den Kaufpreis einließ, so konnte dies in der Absicht geschehen, später, nach Einigung über den Kaufpreis, darauf zurückzukommen, daß er vor endgültigem Abschluß des Kaufs das Pferd noch sehen, sich davon überzeugen müsse, ob es wirklich so beschaffen sei, wie er auf Grund der Angaben des Klägers bei Stellung seines Preisangebots vorausgesetzt hatte. Daß das in der That die Meinung des Beklagten war, läßt sich daraus schließen, daß er,

nachdem Kläger sein Preisangebot angenommen und den Kauf für endgültig abgeschlossen erklärt hatte, bemerkte: „halt" (oder „aber") „auf Besehen". Nicht ohne Grund hat Beklagter hervorgehoben, daß die Form dieser Aeußerung darauf hinweist, daß er damit nicht einen Vorbehalt neu gemacht, sondern auf einen schon im Lauf der Verhandlungen von ihm gemachten hingewiesen habe. Daß aber dieser Vorbehalt in unmittelbarem Anschluß an das „Einschlagen" des Klägers erfolgt ist, ergibt die insoweit durchaus glaubhafte Darstellung des eigenen Bruders des Klägers, des W. D.: „Schließlich hörte ich wie auf das Angebot von 359 M. der Kläger erwiderte: „fertig! verkauft ist er!" und einschlug. Jetzt sagte aber der Beklagte: „ja auf ein Besehen". Es war eine Ueberrumpelung seitens des Klägers, daß letzterer den Kauf alsbald für fest abgeschlossen erklärte, nachdem Beklagter ein ihm genehmes Preisangebot gemacht hatte, während Beklagter den Willen, daß mit Annahme dieses Angebots der Handel endgültig abgeschlossen sei, nicht in unzweideutiger Weise kundgegeben hatte. Ob Kläger der Ansicht war und sein konnte, das Preisangebot des Beklagten sei in dem eben erwähnten Sinn gemeint, kann dahingestellt bleiben: denn wenn nicht erwiesen ist, daß Beklagter eine auf endgültigen Kaufsabschluß gerichtete Willenserklärung abgegeben hat, so kann ein Irrtum des Klägers über diesen Punkt ihm selbst dann nichts nützen, wenn ihn der Beklagte durch sein Verhalten veranlaßt haben sollte, weil Kläger durch die Bemerkung des Beklagten „halt, auf ein Besehen!" über den wirklichen Sachverhalt aufgeklärt wurde, ehe sich die äußere Sachlage irgendwie zu seinem Nachteil verändert hatte.

Die Einwendungen, die der Kläger gegen die im bisherigen dargelegte Auffassung vorgebracht hat, können nicht für durchschlagend angesehen werden. Eine Einigung über den Kaufpreis hatte auch beim Vorbehalt der Besichtigung des Pferds vor endgültigem Kaufsabschluß einen guten Sinn: Kläger war dadurch gebunden oder es ließ sich mindestens — falls nicht etwa ein bedingter Kauf abgeschlossen wurde,

sondern der Kaufsabschluß überhaupt in der Schwebe blieb — mit Sicherheit erwarten, daß er sich mit diesem Preis begnügen werde; für den Beklagten war die Einigung über den Preis ungefährlich, sofern der endgültige Kaufsabschluß noch davon abhieng, ob ihm bei der Besichtigung das Pferd zusagte; andererseits mochte er, da ihm das Pferd oberflächlich bekannt war, den gebotenen Preis unter der Voraussetzung für angemessen halten, daß der Zustand des Pferds bei der Besichtigung als den Angaben des Klägers entsprechend sich herausstellte, während jede Besichtigung überflüssig war, wenn Kläger auf einem Preis beharrte, den der Beklagte nicht zu bewilligen entschlossen war.

Urteil des I. Civilsenats vom 8. Oktober 1897 in Sachen Dongus gegen Däuble.

6.

Wesentlicher Irrtum über eine Eigenschaft des Vertragsgegenstands, in Anwendung auf eine Guarnerius-Geige.

Kläger hat dem Beklagten am 12. Januar 1895 eine Geige zum Preis von 5000 M. verkauft, welche im Innern einen eingeklebten Zettel enthielt mit der gedruckten Inschrift: Josef Guarnerius fecit Cremonae anno 1739 †. Der Beklagte hat die eine Hälfte des Kaufpreises bar bezahlt, und die andere Hälfte Ende Juni 1895 zu bezahlen versprochen; er erhielt hierüber alsbald die Rechnung vom 12. Januar 1895 ausgestellt, auf welcher als Kaufgegenstand bezeichnet ist: „eine alte italienische Violin, fünftausend Mark, M. 5000" und welcher auf Verlangen des Beklagten „für den Fall daß er sie verkaufen wollte" das Wort: „Guarnerius" vom Kläger (durch die Hand seiner Tochter) beigesetzt wurde.

Kläger hat Klage erhoben auf Bezahlung der zweiten Kaufpreishälfte, welche der Beklagte verweigerte, weil die Geige keine echte Guarnerius-Geige sei wie der Kläger versichert habe,

weshalb er seinerseits mittels Widerklage Rückgabe der bezahlten ersten Kaufpreishälfte beanspruchte. Der erste Richter hat (im Anschluß an die Entscheidung bei Seuffert Bd. 38 Nr. 101) ohne Beweiseinzug den Beklagten verurteilt. Das Berufungsgericht hat zunächst über verschiedene Punkte Beweis eingezogen, insbesondere Sachverständige darüber gehört, wer der mutmaßliche Verfertiger der Geige sei, und hierauf die Entscheidung von einem Eid des Klägers darüber abhängig gemacht, daß er am 4. Januar 1895 die fragliche Geige dem Beklagten nicht schlechthin als eine Guarneriusgeige bezeichnet, sondern — wie Kläger behauptet hatte — erklärt habe: nach seiner Ueberzeugung rühre diese Geige nicht von Josef Guarnerius, wie auf dem Zettel stehe, sondern von Peter Guarnerius her. Aus den

Gründen:

Auch wenn es richtig ist, was der Kläger behauptet, daß er dem Beklagten schon beim Vorzeigen der fraglichen Geige am 4. Januar und auch am 12. Januar 1895 vor — oder unmittelbar nach — Abschluß des Kaufs bei Ausstellung der Rechnung erklärt habe, „nach seiner Ueberzeugung rühre die Geige nicht von Josef Guarnerius, wie auf dem Zettel stehe, sondern von Peter Guarnerius her", oder auch: — „aber er halte sie für eine Peter Guarneri", könnte man der Ansicht sein, daß Beklagter befugt gewesen sei, hierin nicht bloß die beiläufige Aeußerung einer als unmaßgeblich hingestellten bloß persönlichen Meinung des Klägers über den mutmaßlichen Urheber der Geige zu erblicken, sondern sie als die ernstlich gemeinte, für den Kläger verbindliche Zusicherung des Inhalts anzusehen, daß die Geige wirklich von Peter Guarnerius herrühre, somit eine „echte Peter Guarneri" sei und daß sonach der Beklagte, falls er nachzuweisen vermöchte, daß dies nicht der Fall sei, wegen Nichtbewährung jener Zusicherung das Recht habe, den Kauf rückgängig zu machen — sei es mittels der Kaufklage, weil sein Interesse nur durch Aufhebung des Kaufgeschäfts genügend gewahrt werde, sei es mittels der Redhibitionsklage; in beiden Fällen aber würde nach an-

erkanntem Grundsatz [1]) dem Beklagten der Beweis obliegen, daß die Geige keine Peter Guarnerius-Geige sei. Denselben Beweis hat aber der Beklagte zweifellos auch dann zu erbringen, wenn er, auf Grund jenes vom Kläger selbst behaupteten Hergangs des Vertragsschlusses, den Kauf aus dem Gesichtspunkt des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft des Kaufgegenstands als nichtig erklärt wissen oder wegen eines vom Kläger mit jener — angeblich wider besseres Wissen gegebenen — Zusicherung verübten Betrugs die Aufhebung des Handels herbeiführen will; denn auch angenommen, daß der Beklagte nur infolge der durch jene Versicherung des Klägers in ihm hervorgerufenen Vorstellung, daß die Geige eine echte Peter Guarneriusgeige sei, zum Kauf derselben bewogen worden sei, und daß nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen die fragliche Geige, wenn sie eine echte, d. h. als echt geltende Peter Guarneriusgeige ist, zwar nicht ihrem Körper aber doch ihrer Wesenheit nach (und damit auch ihrem Wert nach) ein anderes Ding sei, als wenn sie nicht als echt gelten kann, hat immerhin der Beklagte zu zeigen, daß jene seine Vorstellung von der Echtheit der Geige eine unrichtige, die Geige also nicht als echt anzuerkennen, (er somit im Irrtum gewesen) sei, sowie er gleicherweise auch zu Begründung des behaupteten Betrugs nachzuweisen hat, daß die Versicherung des Klägers, wonach die Geige von Peter Guarnerius herrühre eine (wissentlich) unwahre sei.

Diesen ihm hienach unter allen Umständen obliegenden Beweis hat aber der Beklagte nicht erbracht, weil es nach Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme zweifelhaft bleibt, ob diese streitige Geige von Peter Guarnerius, oder nicht von diesem Meister gebaut sei und weil diesen Zweifel zu beheben dem Gericht kein weiteres Mittel zu Gebot steht. (Dies wird näher dargelegt, sodann wird fortgefahren:) An-

1) L. 31 D 21, 2; l. 3 C 4, 58. Windscheid, Pand. II § 321 Anm. 7. Römer im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 174. Seuffert, Archiv 32 n. 295. R.G. 20 S. 7.

ders liegt die Sache wenn man der Beurteilung des Anspruchs des Beklagten denjenigen Hergang zu Grunde legt, welche der Beklagte bezüglich des Kaufsabschlusses behauptet hat; nach dieser Darstellung, ihre Wahrheit vorausgesetzt, erscheint das Verlangen der Aufhebung des Vertrags als begründet.

Ist es richtig, daß der Kläger dem Beklagten — sei es am 4. Januar sei es erst am 12. Januar 1895 — die fragliche Geige als „Guarneriusgeige" bezeichnet und (oder) erklärt hat, daß sie „von Guarnerius verfertigt" sei, ohne — sei es am erstgenannten sei es am letzterwähnten Tage — etwas davon zu sagen, daß die Geige nach seiner Ueberzeugung nicht von Josef Guarnerius, wie auf dem Zettel stehe, herrühre, so hat Kläger nach den übrigen feststehenden Umständen des Falls dem Beklagten hiemit eine verbindliche Zusicherung des Inhalts gegeben, daß die Geige von demjenigen Guarnerius herrühre, der auf dem der Geige eingeklebten Firmazettel als Urheber derselben bezeichnet ist, nämlich von Josef Guarnerius, und daß diese Angabe der Wahrheit nicht entspreche, hat Kläger selbst (als seine „feste Ueberzeugung") anerkannt. Bewahrheitet sich dieser vom Beklagten bestimmt behauptete Hergang, so ist der Kauf wegen des vom Kläger selbst anerkannten Mangels der dem Beklagten zugesicherten Urheberschaft des Josef Guarnerius aufzuheben. (Nach Würdigung einiger Einwendungen des Klägers gegen diese Auffassung heißt es weiter:)

Auch der weitere Einwand des Klägers, daß der Garantieanspruch des Beklagten verjährt sei, ist nicht stichhaltig.

Die Anwendung der Verjährungsvorschriften des Art. 349 des H.G.B. ist schon aus dem Grund ausgeschlossen, weil diese (wie insbesondere der Inhalt des 3. Absatzes zeigt) nur auf die im Art. 347 bezeichneten Geschäfte, somit auf Uebersendungsgeschäfte, sich beziehen, wozu das hier in Frage stehende Kaufgeschäft nicht gehört[1]). Die Redhibitionsklage

1) Vergl. gegen Thöl, H.R. 6. Aufl. § 276 A. 3. R.O.H.G.E.

aber verjährt nach Ablauf von 6 Monaten, gerechnet — nicht von Kaufsabschluß, sondern — von dem Zeitpunkt an, an welchem der Käufer von dem fraglichen Mangel Kenntnis verlangt hat [1]). Der vom Kläger nicht widersprochenen Anführung des Beklagten gegenüber, daß er im Monat Juli 1895 durch einen Sachverständigen Kenntnis davon erlangt hat, daß die Geige nicht echt sei, hat Kläger nicht behauptet, daß Beklagter diese Kenntnis schon vor dem 2. Mai 1895 erlangt habe, und daß somit am 2. November 1895, dem Tag der Erhebung der Widerklage, die Verjährungsfrist abgelaufen gewesen sei.

Hievon abgesehen aber würde der Beklagte auf Grund der behaupteten Garantie den erstrebten Erfolg der Aufhebung des Kaufs und der Rückgabe des in Erfüllung des Kaufs von ihm Geleisteten auch mittels der nur der 30jährigen Verjährung unterliegenden Kaufsklage erreichen können, da nach den vorliegenden Umständen sein Interesse eben in der Rückgängigmachung des Kaufs besteht.

Wenn auch eine den Verkäufer bindende Zusicherung dahin, daß der verkauften Sache ein bestimmter Vorzug anhafte, nicht notwendig durch ausdrückliche Erklärung erfolgen muß, vielmehr auch „stillschweigend geschehen", d. h. aus den Umständen sich ergeben kann, so kann doch der Käufer einer Geige auf den Umstand allein, daß die Geige im Innern eine Etikette birgt, welche den Träger eines berühmten Namens als deren Verfertiger bezeichnet, ohne daß der Verkäufer auf diesen Zettel hingewiesen oder seine Echtheit versichert hätte — die Behauptung nicht gründen, daß ihm schon hiemit für die Richtigkeit des angegebenen Ursprungs der Geige garantiert sei, indem es allgemein bekannt ist, daß derartige eingeklebte Zettelinschriften gar häufig, wo nicht regelmäßig, gefälscht sind und deshalb im Verkehr stillschweigend davon ausgegangen wird, daß denselben keine Bedeutung beigelegt werde; es

---

Bd. 4 S. 179; Bd. 10 S. 349; Bd. 24 S. 11 u. R.G. bei Bolze, Bd. 6 No. 564. Jurist. Wochenschrift 1894 S. 190.

1) R.G.E. Bd. 21 n. 27; Bd. 10 n. 84.

würde also selbst dann, wenn dem Beklagten dies nicht bekannt gewesen sein sollte, in dem Vorhandensein des fraglichen Zettels eine Zusicherung der Echtheit der Geige nicht gefunden werden können. Wenn aber, wie Beklagter dies behauptet, der Kläger bei Vorlegung der streitigen Geige dem Beklagten erklärt hat, es sei dies eine „Guarneriusgeige" oder ihm gesagt hat, diese Geige sei „von Guarnerius gefertigt", — ohne etwas Weiteres beizufügen, so durfte der Beklagte auf diese von einem sachverständigen Verkäufer ihm gegebene Versicherung sich verlassen: angesichts der allgemein bekannten, erheblichen und häufig entscheidenden Bedeutung, welche im Verkehr dem Ursprung der Geige und der Echtheit der behaupteten Urheberschaft beigelegt wird, durfte der Beklagte in jener Erklärung des Klägers, — auch ohne daß letzterer den Ausdruck gebraucht hat, er garantiere und hafte dafür, daß die Geige von Guarnerius herrühre, — eine für den Verkäufer verbindliche Zusage, keine bloße Anpreisung finden. Dieser Annahme steht auch der Umstand nicht im Wege, daß der direkte Nachweis des Ursprungs einer Geige nicht bloß sehr schwierig, sondern in den meisten Fällen gar nicht zu erbringen und daß auch die Erschließung ihres Urhebers aus ihrer Beschaffenheit (Bauart u. s. w.) im Ergebnis meist unsicher, weil vielfach von persönlichen Auffassungen und Vorurteilen beeinflußt ist; denn von einer „Unmöglichkeit" des Beweises der Echtheit einer Geige kann darum noch nicht (mit dem Unterrichter) gesprochen werden; dem Gesetz wie dem Richter gilt der Beweis der Echtheit als erbracht (die Echtheit als vorhanden) wenn die Geige in Fachkreisen als echt allgemein anerkannt wird, und diese Allgemeinheit ihrer Geltung als echt wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß einzelne Sachverständige ihre Echtheit bezweifeln oder bestreiten: die Schwierigkeit auch dieses Nachweises aber mag wohl den Verkäufer veranlassen, bezüglich seiner Aeußerungen über Ursprung und Echtheit einer zum Verkauf angebotenen Geige vorsichtig zu sein, sie kann aber nicht dazu führen, Aeußerungen, welche den vorliegenden Um-

ständen nach die bestimmte Angabe eines Urhebers in sich schließen, eine abschwächende Auslegung angedeihen zu lassen.

Die angebliche Erklärung des Klägers aber, daß die Geige eine Guarneriusgeige oder von Guarnerius verfertigt sei, konnte der Beklagte, wenn sie nicht weiter eingeschränkt wurde, mit Rücksicht auf den eingeklebten Zettel nicht anders verstehen als dahin, daß ihm versichert werde, die Geige sei gebaut von dem auf dem Zettel als Erbauer derselben genannten Guarnerius, also: von Josef Guarnerius, somit von demjenigen, welchen der Kläger selbst als den „berühmtesten Guarnerius", dessen Geigen am teuersten bezahlt werden, bezeichnet hat. Anders dagegen liegt die Sache, wenn der Hergang der war, wie ihn der Kläger behauptet.

Wenn Kläger bei Vorlegung der Geige und bei seiner etwaigen Aeußerung, daß diese Geige eine Guarneriusgeige sei, dem Beklagten weiter erklärt hat: nach seiner Ueberzeugung rühre sie nicht von Josef G., wie auf dem Zettel stehe, sondern von Peter G. her, — oder auch, wenn er dies erst vor oder bei Ausstellung der Rechnung am 12. Januar 1895, also zwar nach Abschluß des Kaufs, aber unmittelbar nach demselben und in ungetrenntem Zusammenhang mit diesem, dem Beklagten erklärt hat, so konnte selbstredend der Beklagte nicht der Meinung sein, daß Kläger ihm für die Urheberschaft von Josef G. garantiere. Mit Aufstellung dieser Behauptung also hat Kläger den vom Beklagten zu Begründung der geltend gemachten Zusicherung behaupteten Hergang bestritten und dadurch den Beklagten zum Beweise des von ihm behaupteten Hergangs genötigt; Beklagter hat somit zu beweisen, daß Kläger ihm die streitige Geige schlechtweg — ohne weiteren Beisatz — als eine Guarneriusgeige bezeichnet oder daß ihm Kläger die Erklärung, daß die Geige von Guarnerius verfertigt sei, gegeben habe, ohne die vom Kläger behauptete Hinweisung darauf, daß das, was auf dem Zettel stehe, nicht richtig sei, sowie: daß Kläger auch bei Ausstellung der Rechnung die Erklärung, daß die Geige nicht von Josef Guarnerius herrühre, nicht abgegeben habe.

Urteil des I. Civilsenats vom 14. Juli 1896 in Sachen Vögeli gegen Sprenger.

Die Revision des Beklagten Widerklägers gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

7.

Auslegung eines Lehrvertrags; steht dem Fall, daß der Lehrling „ohne gesetzlichen Grund die Lehre verläßt", der Fall gleich, daß er durch sein Verhalten die Auflösung des Vertrags verschuldet?

Der Beklagte hat am 29. Oktober 1892 mit dem Kläger einen Vertrag abgeschlossen, kraft dessen der Kläger den am 28. Dezember 1877 geborenen Sohn des Beklagten, J. N., auf die Dauer von fünf Jahren: vom 1. November 1892 bis 1. November 1897 in die Lehre genommen hat. Ein Lehrgeld war nicht bedungen; Kost und Wohnung sollte der Lehrling unentgeltlich bei dem Kläger haben. In § 6 des Vertrags wurde bestimmt: „Verläßt der Lehrling seine Lehrstelle ohne gesetzlichen Grund, so hat derselbe bezw. seine Eltern an den letzteren (den Lehrherrn) eine entsprechende Entschädigung zu leisten, und zwar, wenn der Austritt im vierten Jahre erfolgt, 600 M."

Der Lehrling verblieb in seiner Stellung bei dem Kläger bis 1. April 1896. An diesem Tag ist er vom Kläger entlassen worden, weil er — wie als erwiesen angenommen wurde — geraume Zeit geflissentlich ein herausforderndes, ein gedeihliches Zusammenwirken unmöglich machendes Betragen gegen den Kläger an den Tag gelegt hatte. Auf Klage des Klägers ist Beklagter zu der bedungenen Entschädigung von 600 M. verurteilt worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

In § 6 des Lehrvertrags, welcher die Ersatzansprüche des Lehrherrn im Falle vorzeitiger Auflösung des Vertrags

bestimmt, ist allerdings dem Wortlaut nach die Entschädigungspflicht des Lehrlings bezw. seines Vaters nur für den Fall vorgesehen, daß der Lehrling „ohne gesetzlichen Grund die Lehrstelle verläßt“, d. h. freiwillig und aus eigenem Entschluß die Arbeit einstellt; wogegen es sich im vorliegenden Fall darum handelt, daß der Lehrling äußerlich zwar in der Lehrstelle verblieben ist, thatsächlich aber durch beharrliche Verweigerung der ihm aufgetragenen Arbeitsleistungen die Auflösung des Vertrags verschuldet hat. Rechtlich sind aber diese beiden Fälle durchaus gleichartig und gleichwertig, es sind nur verschiedene Formen des Kontraktbruchs, welche immer dieselbe rechtliche Folge, nämlich das Recht des Prinzipals zum Rücktritt vom Vertrag und zur Forderung des Interesses erzeugen. Die Gleichartigkeit dieser beiden Fälle ist denn auch, wie schon der Vorrichter bemerkt hat, in § 123 Z. 3 der Gewerbe-Ordnung ausdrücklich anerkannt. Daß im vorliegenden Falle die Parteien von anderer Auffassung ausgegangen wären, ist nicht angezeigt und nicht anzunehmen. Das Interesse des Lehrherrn, welches der § 6 des Vertrags zu schützen bestimmt war, ist ja nicht bloß im Falle der förmlichen Arbeitseinstellung des Lehrlings oder seiner Entfernung aus der Lehrstelle gegeben, sondern ebensogut auch in dem hier zutreffenden Falle, wo derselbe zwar die Lehrstelle nicht verlassen, aber innerhalb des Lehrverhältnisses durch trotzigen Ungehorsam den Rücktritt des Prinzipals provoziert und sogar, wie nach den Zeugenaussagen als festgestellt anzunehmen ist, geflissentlich und arglistig es darauf angelegt hat, diese Folge herbeizuführen, ohne selbst gegen den Buchstaben der Vertragsbestimmung zu verstoßen. Hienach erscheint die Annahme, daß nach dem richtig verstandenen Willen der Parteien die beiden hier in Betracht kommenden Fälle der Vertragsbrüchigkeit des Lehrlings auch in ihren rechtlichen Folgen gleichmäßig zu behandeln und durch die Entschädigungsklausel in § 6 getroffen sein sollten, mit Rücksicht auf die dieser Vertragsbestimmung zu Grunde liegenden Zwecke und Interessen derart begründet, daß die Anwendung des § 6 auf

den vorliegenden Fall und damit die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung der dort stipulierten Entschädigungssumme keinem Bedenken unterliegen konnte.

Urteil des I. Civilsenats vom 28. Mai 1897 in Sachen Nagel gegen Erbe.

8.

Custodia: Haftung eines Kassiers für Diebstahl?

Der Beklagte war vom 1. August 1895 an bis Ende Januar 1896 bei dem Kläger in dem von diesem betriebenen Café in Stuttgart als Buchhalter und Kassier angestellt. Derselbe arbeitete in dem Comptoir des Klägers, einem Nebengelaß der im Erdgeschoß befindlichen Wirtschaftsräumlichkeiten, welche nachts unbewohnt sind; von dem an das Comptoir anstoßenden Putzraum geht ein (unvergittertes) Fenster gegen den Hofraum. Seine Wohnung hatte der Beklagte nicht in dem Geschäftshause.

Als Kassier hatte der Beklagte die täglichen Ausgaben zu besorgen und die täglichen Geschäftseinnahmen von den Kellnern ꝛc. entgegenzunehmen. Zur Bestreitung der Ausgaben hat er von dem Kläger einen Fonds von 500 M. eingehändigt erhalten.

Ursprünglich war vom Kläger angeordnet, daß Beklagter jeden Abend nach Geschäftsschluß mit ihm abzurechnen und den Kassenbestand an ihn abzuliefern habe, damit er in dem im Comptoir befindlichen eisernen Kassenschrank aufbewahrt werde. Im Laufe der Zeit wurde jedoch die Abrechnung auf den Vormittag verlegt. Eine Ablieferung der eingegangenen Gelder fand außerhalb der täglichen Abrechnung auch dann statt, wenn der Beklagte größere Beträge (nach seiner Behauptung mindestens 1000 M.) in Händen hatte, und wenn dieses Geld auf der Bank eingezahlt werden sollte. Bis zur Ablieferung an den Kläger bewahrte der Beklagte das Geld in einem Schreibtisch oder in einem hölzernen Stehpult auf,

welche Geräte gleichfalls in dem Comptoir stunden und von denen der letztere für den Beklagten im Lauf des Dienstverhältnisses vom Kläger angeschafft worden war. In dem besagten Stehpult hatte der Beklagte am Abend des 20. Januar 1896 einen dem Kläger gehörigen Geldbetrag von 611 M. 40 Pf. eingeschlossen. Am Morgen des 21. Januar 1896 war dieser Pult erbrochen und das Geld entwendet. Kläger verlangte vom Beklagten Ersatz der gestohlenen 611 M. 40 Pf. Die Klage wurde in zweiter Instanz abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Anlangend den Anspruch des Klägers auf Ersatz des Geldbetrages von 611 M. 40 Pf. welcher unbestrittenermaßen von dem Beklagten in dem hölzernen Pult im Comptoir aufbewahrt wurde und in der Nacht vom 20./21. Januar 1896 von unbekannter Hand gestohlen worden ist, so war in der Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Parteien und der Beweislast dem vorigen Richter mit den aus dem Folgenden sich ergebenden Einschränkungen beizupflichten.

Für den Beklagten entsprang aus seinem Dienstverhältnisse die Verpflichtung, die von ihm für den Prinzipal eingenommenen Gelder und den ihm eingehändigten sogenannten Dispositionsfonds von 500 M., soweit das Geld nicht zu Geschäftsausgaben verbraucht war, dem Dienstherrn abzuliefern bezw. zurückzugeben. Erfüllt war diese Verpflichtung damit noch nicht, daß der Beklagte das Geld in den erwähnten Pult verbrachte, auch dann nicht, wenn man anzunehmen hätte, es habe sich das Geld zufolge der Verwahrung in jenem dem Kläger gehörigen Behältnisse, obwohl der Schlüssel dem Beklagten anvertraut war, im Gewahrsam des Klägers befunden [1]).

Denn dem Beklagten lag es ob, die in der Zwischenzeit zu verwahrenden Gelder zu bestimmten Zeiten — auf Verlangen des Klägers den gesamten Kassenbestand — dem

1) Zu vergl. Entsch. des Reichsg. in Civils. Bd. 19 No. 44 S. 238. D. bürgerl. Gesetzbuch § 855.

Prinzipal zu dessen Handen auszufolgen und ihm hierüber Rechnung zu stellen. Wenn er außer Stand ist, das Geld abzuliefern, so hat er darzuthun, daß ihm dies ohne sein Verschulden unmöglich geworden sei[1]).

Nun ist unbestrittenermaßen der fragliche Geldbetrag aus dem verschlossenen Stehpult von unbekannter Hand entwendet worden. Aber durch die Berufung auf diese Thatsache als auf einen Zufall ist der Beklagte nicht unter allen Umständen einer weiteren Beweispflicht für angewendete Diligenz enthoben. In den Fällen wo die Vertragspflicht des Schuldners gerade dahin gieng, für Bewachung oder Verwahrung Sorge zu tragen (custodia), genügt der Nachweis eines Umstandes, der sonst als Zufall anzusehen ist, noch nicht, um die Schuldbefreiung zu begründen; der Verpflichtete hat hier vielmehr darzuthun, daß er die erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um das schadenbringende Ereignis zu verhüten, also daß der Schaden, die Unmöglichkeit der Leistung, ungeachtet der von ihm bethätigten Diligenz eingetreten sei, denn nur in diesem Fall ist für ihn ein Zufall im rechtlichen Sinn gegeben[2]).

Ob der Schuldner für Verwahrung und in welcher Weise er für solche einzustehen hat, hängt von dem Inhalt des Vertrags ab; das Bestehen und den Inhalt dieser Verpflichtung nachzuweisen, ist zunächst Sache des Vertragsgläubigers.

Der Beklagte war als Kassier in dem Geschäftsbetrieb des Klägers angestellt, es war ihm zur Bestreitung der täglichen Ausgaben ständig ein Fonds von 500 M. anvertraut. — Die Parteien gehen beiderseits davon aus, daß die in der Kasse vorhandenen Gelder Eigentum des Klägers gewesen

1) Windscheid, Pand. § 264 Note 2. Dernburg Pand. II § 37 S. 104 und Note 13. D. bürgerl. Gesetzb. § 282 cf. § 275. Seuffert, Archiv Bd. 51 Nr. 94 S. 141.

2) L. 9 § 4 Dig. 19, 2. Dernburg a. a. O. S. 101. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts VI S. 216. Seuffert's Archiv Bd. 3 N. 262 Bd. 18 N. 58. Vergl. hiezu Wächter, Pand. I § 87 S. 458 Beil. 2.

sind; — daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte für den eingehändigten Fonds von 500 M. eine Quittung ausgestellt hatte, er bescheinigt in derselben für jenen Betrag nur als für erhaltene „Kasse". — Der Beklagte hatte sodann die eingenommenen Gelder nicht im einzelnen und sofort, sondern periodisch in größeren Summen an den Prinzipal abzugeben, inzwischen aber zu verwahren. Insoweit ist also dem vorigen Richter darin Recht zu geben, daß dem Beklagten die vertragsmäßige Pflicht oblag, in Absicht auf die Verwahrung das Geldes die nötige Sorgfalt anzuwenden. Diese einem Kassier in einem Geschäftsbetrieb oder in einem dienstlichen Verhältnisse regelmäßig obliegende Verpflichtung hat indes nicht überall den gleichen Inhalt; es kommt hier auf die konkreten Verhältnisse an. Demjenigen Kassier, welcher nach dem bestehenden Vertragsverhältnisse die Kasse in den Geschäftsräumen des Prinzipals zu führen — nicht die Gelder bei sich in den eigenen Räumen und Behältnissen aufzubewahren hat[1]), kann hinsichtlich der Verwahrung in der Regel nur das (und mehr nicht als das) zugemutet werden, daß er die zu diesem Zweck von dem Prinzipal getroffenen Vorrichtungen und angewiesenen Behältnisse ordnungsmäßig und sorgfältig benützt, denn für die zweckmäßigen und sicheren Einrichtungen hiezu Sorge zu tragen, ist zunächst Sache des Geschäftsherrn. Innerhalb der Grenzen des in dem betreffenden Betrieb eingeführten Geschäftsganges ist ein Kassier von der Stellung des Beklagten allerdings nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Maßnahmen zur sicheren Aufbewahrung der Gelder nach pflichtgemäßem Ermessen von sich aus zu treffen, ohne in jedem einzelnen Fall eine spezielle Weisung des Prinzipals abzuwarten. Andererseits aber hat er den vom Geschäftsherrn getroffenen ständigen Anordnungen Folge zu leisten, der von demselben eingeführten Geschäftsübung sich zu fügen, und für die mit Willen des Prinzipals bestehende Uebung trifft die Verantwortung des letzteren.

Dem Beklagten stund zur einstweiligen Verwahrung

1) Vergl. Seuffert's Arch. 51 Nr. 94.

seiner Kasse im Comptoir der mehrerwähnte Pult zur Verfügung — der neben dem früher vorhandenen Schreibtisch zum Gebrauch für den Beklagten angeschafft worden war. Dieses (erstere) wenn gleich verschließbare, so doch unschwer zu eröffnende hölzerne Gerät war nach den von dem Vorderrichter näher angeführten lokalen Verhältnissen zur sicheren Aufbewahrung von Geldern über Nacht allerdings wenig geeignet. Es wäre nun — im Comptoir selbst — ein zur sicheren Verwahrung vollkommen geeignetes Behältnis, ein eiserner Kassenschrank, zu Gebot gestanden, welcher aber nur dem Prinzipal und der Ehefrau desselben zugänglich war. Da der Dieb in der Nacht auf den 21. Januar 1896 die übrigen Behältnisse in dem Geschäftslokal: Stehpult, Schreibtisch, Buffettisch, den Pult auf dem Kassenschrank erbrach, dem Kassenschrank aber nichts anhaben konnte, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß das Geld, hätte man es am Abend in den Kassenschrank verbracht, nicht gestohlen worden wäre. Hatte der Beklagte, was vom Kläger darzuthun wäre, nach bestehender Anordnung für Verbringnng des Geldes in den Kassenschrank zu sorgen, so läge dem Beklagten seinerseits der Beweis ob, daß ihn wegen Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregel keine Schuld treffe.

Wie unbestritten geblieben ist, war ursprünglich vom Kläger angeordnet worden, daß der Beklagte jeden Abend nach Geschäftsschluß mit ihm abzurechnen und hiebei den Kassenbestand an ihn abzuliefern habe, damit dieser in dem eisernen Kassenschrank aufbewahrt werde. Diese Anordnung wurde jedoch im Laufe der Zeit insofern nicht mehr eingehalten, als die Abrechnung später, und insbesondere im Januar 1896 auf den Vormittag verlegt worden war. Was die Ablieferung von Geldern außerhalb der täglichen Abrechnung betrifft, so ist soviel außer Streit, daß der Beklagte größere Summen, wenn solche auf die Bank einzuzahlen waren, abgeliefert hat; im übrigen gehen jedoch die Parteibehauptungen wegen der hiewegen bestandenen Einrichtung auseinander.

Nach der Behauptung des Klägers wäre von ihm, auch nachdem die Abrechnung auf den Vormittag verlegt worden war, verlangt worden und dem Beklagten zur Pflicht gemacht gewesen, daß er „größere Geldbeträge“ jeden Abend dem Kläger oder seiner Ehefrau zur Aufbewahrung im Kassenschrank abzuliefern habe — gegen eine ihm erteilte Bescheinigung — und so sei es thatsächlich auch regelmäßig gehalten worden. Mit dem Kassenbestand sei auch der dem Beklagten in die Hand gegebene Dispositionsfonds von 500 M. (soweit vorhanden) mit abgeliefert worden. Der Beklagte bestreitet dies: eine Ablieferung von Geld ohne Abrechnung habe niemals stattgefunden und sei auch nicht verlangt worden, insbesondere sei der Dispositionsfonds nie abgegeben worden, sondern mit Wissen und Willen des Klägers stets in dem hölzernen Pult verblieben. Nur wenn der Beklagte etwa 1000 M. in Händen gehabt habe, so habe er sie (falls größere Ausgaben nicht mehr zu erwarten stunden) zur Ablieferung an den Beklagten abgegeben.

Wäre das klägerische Vorbringen über die bestehende Instruktion und Uebung richtig, so würde den Beklagten wegen Nichtablieferung des Geldes am Abend des 20. Januar 1896 zweifellos ein Verschulden treffen; er hatte eine ein für allemal getroffene Anordnung des Prinzipals zu befolgen und zwar auch ohne jedesmal erneute Weisung oder Anregung seitens des Klägers; und wenn mit der Beschränkung der Ablieferungspflicht auf „größere Beträge“ ein gewisser Spielraum gegeben gewesen wäre, so hätte er dieses Ermessen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kassiers auszuüben gehabt; darnach hätte er, wofern er instruktionsgemäß auch die Gelder des Dispositionsfonds mit abzugeben hatte, einen Betrag von 611 M. 40 Pf. für einen „größeren“, demgemäß abzuliefernden ansehen müssen. Es käme hinzu, daß unbestritten an jenem Tag noch gar nicht abgerechnet worden war und daß der Beklagte vom Kläger am Nachmittag zur Ablieferung von Geld (behufs Abführung an die Bank), aufgefordert worden war, dies aber abgelehnt hatte, da der

Kassenbestand zu gering sei, oder noch laufende Ausgaben zu erwarten seien. Daraus übrigens, daß der Beklagte jener Aufforderung keine Folge gegeben hat, kann demselben an sich kein Vorwurf gemacht werden, sofern er der begründeten Ansicht sein mochte, der über den Dispositionsfonds vorhandene geringe Barbestand sei für eine Ausgabe an die Bank unzureichend, bezw. es könnten noch weitere Ausgaben zu bestreiten sein.

Nun ist aber dem Kläger der Beweis für die obigen Behauptungen in keiner Weise gelungen während andererseits das Vorbringen des Beklagten durch die Zeugenaussagen Bestätigung gefunden hat. (Dies wird weiter ausgeführt und sodann fortgefahren:) Hienach steht fest, daß der Kassier des Klägers seit der Zeit da die Abrechnung auf den Vormittag verlegt worden war, regelmäßig den Kassenbestand einschließlich des Dispositionsfonds des Abends nicht abgeliefert, sondern des Nachts über in dem Stehpult oder auch in der Schreibtischschublade aufbewahrt hat — bezüglich dieser beiden Behältnisse konnte ein erheblicher Unterschied in der gewährten Sicherheit nicht bestehen.

Daß der Kläger von dieser Gepflogenheit seiner Angestellten Kenntnis gehabt hat, ergibt sich schon aus der Natur der Sache. Der Zeuge R. hat darüber keinen Zweifel, daß der Kläger genau wußte, der Aufbewahrungsort des Kassiers für das Geld sei stets der Schreibepult. Weder der eben genannte noch der Zeuge D. haben von dem Kläger je auch nur eine Aeußerung des Bedenkens gegen die vom Beklagten geübte Verwahrungsweise gehört.

Es wäre aber Sache des Klägers gewesen, wenn er die Aufbewahrung von Geldern in dem Stehpult oder Schreibtisch über Nacht nicht dulden wollte, eine klare und bestimmte Anordnung wegen einer sichereren Verwahrung zu treffen, insbesondere nachdem in der Kassenführung und Abrechnung Veränderungen eingeführt worden sind. In der ersten Zeit, als noch abends abgerechnet wurde, ergab sich im Anschlusse hieran die gleichbaldige Ablieferung des Kassen-

bestandes, wie sie ursprünglich auch angeordnet war, als eine natürliche und ordnungsmäßige Behandlungsweise; jene abendliche Abrechnung wurde, weil mit Unzuträglichkeiten verknüpft, abbestellt, von da ab verstund es sich keineswegs von selbst, daß die Gelder auch ohne Abrechnung abends gleichwohl abzuliefern seien. Einer deutlichen und bestimmten Weisung an die Angestellten bedurfte es namentlich auch wegen der Behandlung des Dispositionsfonds, der dem Kassier nicht schon sofort zu Anfang des Geschäftsbetriebs, sondern am 1. Oktober 1895 ausgehändigt worden war.

Hat der Kläger es monatelang zugelassen, daß das Geld über Nacht in dem Pult blieb, so durfte der Beklagte davon ausgehen, der Kläger sei mit dieser Behandlungsweise einverstanden; daran würde auch nichts ändern wenn die Ehefrau des Klägers, wie sie angibt, einmal zu dem Beklagten gesagt haben sollte, „er werde doch in dem leichten Pültchen über Nacht kein Geld aufbewahren", ohne auf die Entgegnung des Beklagten hin daran ein Verbot zu knüpfen.

Der vorige Richter erwägt, es sei dem Beklagten die Benützung des Kassenschranks zur Aufbewahrung des Geldes jedenfalls gestattet gewesen. Allein wenn man davon auszugehen hat, daß es sich für den Beklagten nicht um die Verwahrung von Geldern, die ihm auf seine Rechnung und Gefahr überlassen waren, sondern um Aufbewahrung eines dem Prinzipale gehörigen Kassenbestandes handelte, und wenn es weiterhin in erster Linie dem Kläger oblag, die erforderlichen Einrichtungen in einer für die Angestellten verbindlichen Form zu treffen, so genügt jene bloße Gestattung noch nicht, um den Beklagten wegen Unterlassung der Vorsichtsmaßregel verantwortlich zu machen. Der eiserne Kassenschrank war übrigens dem Beklagten ohne Mitwirkung des Klägers oder seiner Ehefrau nicht zugänglich. Zu der ohne förmliche Abrechnung vorzunehmenden Geldabgabe hätte es immerhin einer Abzählung des Geldes und der Ausstellung einer Interimsquittung bedurft und es hat nach der Schilderung der Zeugen den Anschein, als sei der Kläger auch zu einem der-

artigen Geschäft am späten Abend zur fraglichen Zeit nicht immer aufgelegt oder im Stand gewesen; die Wirtin mochte hiezu auch nicht stets zur Hand sein. Auch hier ist sodann darauf hinzuweisen, daß der Beklagte nicht verpflichtet war, den erst in später Nachtstunde erfolgenden Geschäftsschluß abzuwarten; es hätte also Vorsorge wegen Abgabe und Abnahme des Geldes vor dem abendlichen Abschluß der Thätigkeit des Beklagten getroffen werden müssen.

Der Kläger ist während der Dienstzeit des Beklagten zeitweise krank und infolge dessen auch wohl in der energischen Geschäftsleitung behindert gewesen, aber dieser Umstand ist noch nicht geeignet ein größeres Maß der Verantwortlichkeit auf den Angestellten überzuwälzen. Daß in der dem 20. Januar 1896 vorangehenden Periode seitens des Klägers eine strikte Anordnung wegen der abendlichen Ablieferung des Geldes getroffen und bis dahin aufrecht erhalten war, ist nach dem bisherigen Beweisergebnis ausgeschlossen; hiefür wäre auch die neuestens zum Eid verstellte Thatsache, der Kläger habe dem Beklagten, solange dieser bei ihm angestellt war „wiederholt gesagt", er müsse „größere Geldbeträge" über die Nacht zur Aufbewahrung im Kassenschrank abgeben, keineswegs schlüssig. Abgesehen davon, daß hieraus noch nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, ob die fragliche Weisung auch für die Zeit nach Verlegung der Abrechnung auf den Vormittag gegeben war bezw. Geltung haben sollte, wäre in dem Falle wenn der sogenannte Dispositionsfonds nach Ansicht der Parteien von dem Beklagten zurückbehalten werden durfte, der Gegenstand der dem letzteren aufgegebenen Ablieferung mit den „größeren" Geldbeträgen doch zu allgemein und zu wenig bestimmt bezeichnet gewesen, um damit eine feste Norm für die Geschäftsbehandlung zu schaffen.

Am Abend des 20. Januar 1895 war dem Kläger bekannt, daß an jenem Tag noch nicht abgerechnet und vom Beklagten noch kein Geld abgeliefert worden war; er mußte also auch wissen, daß der vorhandene Kassenbestand von dem

Beklagten in dem Stehpult oder im Schreibtisch verwahrt war und über Nacht dort verblieb. Gleichwohl hat er an jenem Abend dem Beklagten, als dieser (wie er unwidersprochen angibt) mit dem Kläger und dessen Ehefrau noch in später Stunde im Comptoir zusammen war, eine Ablieferung des Geldes nicht angesonnen. Kläger behauptet zwar, er habe angenommen, der Beklagte könne an jenem Abend nur eine unerhebliche Summe in der Kasse haben. Daß er den Kassenbestand für so unerheblich gehalten habe, ist nicht gerade wahrscheinlich; wie der Kellner M. bezeugt, hatte der Kläger nachmittags von dem Beklagten die Abgabe von 500 M. aus der Kasse verlangt und wenn auch der Beklagte dies mit Hinweis auf noch zu deckende laufende Ausgaben abgelehnt hatte, so mußte doch mit Vorwissen des Klägers bis zum Geschäftsschluß noch Geld eingegangen sein. Wie dem auch sei, so ergibt auch der Umstand, daß es dem Kläger nicht in den Sinn kam, die Rede auf eine etwa vorzunehmende Geldablieferung zu bringen, eine weitere Bestätigung für die nach dem übrigen Sachverhalt begründete Annahme, es habe zur fraglichen Zeit in Absicht auf die Ablieferung von Geldern seitens des Kassiers eine Anordnung bezw. Geschäftsübung, wie der Kläger sie behauptet, nicht oder nicht mehr bestanden. War aber letzteres nicht der Fall, so kann dem Beklagten auch nicht das zum Verschulden angerechnet werden, daß er es unterließ, den Kläger an jenem Abend von dem erheblichen Kassenbestand zu unterrichten und seinerseits die sichere Verwahrung anzuregen.

Da sonach eine vertragsmäßige Verpflichtung des Beklagten, selbstthätig für die Verwahrung in dem eisernen Kassenschrank durch Ablieferung der Gelder Sorge zu tragen, nicht dargethan ist und da auch in der letztgedachten Richtung eine Obliegenheit des Beklagten zu Veranlassung einer Maßnahme des Prinzipals sich nicht aufstellen läßt, so kann der Beklagte nicht wegen Verabsäumung jener Fürsorge oder dieser Einwirkung verantwortlich gemacht werden; und es ist demzufolge der Kläger mit dem Anspruch auf Er-

stattung des (von unbekannter Hand) entwendeten Geldbetrags von —:· 611 M. 40 Pf. abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats vom 14. Mai 1897 in Sachen Rau gegen Kronemann.

9.

1. **Haftung eines Kutscherreibesitzers für eine durch Verschulden seines Fahrknechts einem Fahrgast zugestoßene Verletzung.**
2. **Beweis des Verschuldens des Fuhrmanns.**

Der Kläger macht für die Folgen der Verletzung, welche ihn unstreitig am 27. April 1895 bei einer von dem Beklagten H. ausgeführten Fahrt von Ulm nach Wiblingen durch Umstürzen des Wagens betroffen und zu Auslagen in Höhe von 94 M. 50 Pf. für Heil- und Stellvertretungskosten genötigt hat, den Beklagten H. als angeblich schuldhaften Urheber, den Beklagten R. aber mit der Behauptung verantwortlich, daß die Fahrt auf Grund eines zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossenen Transportvertrags ausgeführt worden sei. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt. In den

Gründen

ist zunächst ausgeführt, daß der Abschluß eines Beförderungsvertrags zwischen dem Kläger und dem Beklagten R. nachgewiesen sei, sofern er die von seinem Knecht H. auf eigene Faust ausgeführte Beförderung des Klägers dadurch genehmigt habe, daß er dem Kläger eine Rechnung von 7 M. für die Fahrt zusandte, obwohl er erfahren hatte, daß der Knecht umgeworfen und Kläger sich hiebei Verletzungen zugezogen hatte. Sodann wird fortgefahren: Gegenüber der im Uebersenden einer Rechnung gelegenen nachträglichen Genehmigung des von H. abgeschlossenen Beförderungsvertrags ist unerheblich, ob H. ohne allgemeinen Auftrag oder besonderen Befehl des Beklagten oder seiner Ehefrau, ja selbst ob er einer nachweisbaren Geschäftsgewohnheit oder einem ausdrück-

lichen Verbot zuwidergehandelt hat, indem er die Fahrt auf eigene Faust ausführte. Auch gestattet die einmal geschehene Genehmigung ein Zerlegen in dem Sinne nicht, daß der Beklagte aus dem genehmigten Geschäft nur berechtigt, nicht verpflichtet würde, vielmehr tritt sowohl zu gunsten als zu lasten des Beklagten ganz die gleiche rechtliche Beurteilung ein, wie wenn vor Beginn der Fahrt unmittelbar zwischen ihm und dem Kläger dessen Beförderung von Ulm nach Wiblingen vereinbart worden wäre.

Die auf Beförderung von einem Ort zum andern gerichtete Vereinbarung bildet nach der jetzt allgemein herrschenden, auch vom obersten deutschen Gericht geteilten Ansicht [1]) einen Werkverdingungs- (nicht einen Sach- oder Dienstmiete-)Vertrag und aus einem solchen Vertrag haftet der Unternehmer, da die versprochene Leistung in der Herstellung eines bestimmten thatsächlichen Erfolges besteht, für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen der von ihm zu dessen Herbeiführung verwendeten Hilfspersonen ohne Rücksicht darauf, ob deren Beiziehung einem besonderen Abkommen oder dem Wesen des einzelnen übernommenen Geschäfts entspricht oder nicht [2]).

Im gegenwärtigen Fall kann der Kläger nicht behaupten, daß ihm für eine unversehrte Ankunft am Bestimmungsort Garantie geleistet worden sei; Gegenstand des Vertrags war mithin nur die Beförderung des Klägers nach Wiblingen und dieser Erfolg ist an sich unstreitig hergestellt, also der Beklagte für die Vertragserfüllung nicht weiter beweispflichtig. Dagegen kann der Kläger von dem Beklagten Ersatz des ihm infolge der Erfüllung erwachsenen Vermögensschadens beanspruchen, wenn er seinerseits darthut, daß dem Gehilfen des Beklagten R. in Bewirkung der Erfüllung irgend ein, sei es

1) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 vor Note 11. Wirsing, Civilrechtl. Haftung der Post S. 41. Motive z. Entw. eines bürgl. Gesetzb. Bd. 2 S. 506. Denkschrift zum B.G.B., Heymann'sche Ausg. S. 123. Entsch. des Reichsg. in Civils. Bd. 23 S. 91.

2) Entsch. a. a. O. Bd. 10 S. 165; 23, S. 91; 33, S. 169.

auch leichtes, Verschulden zur Last fällt. Demzufolge bestimmt sich die Beweispflicht im Streitverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten R. nicht anders, als gegenüber dem Beklagten H.

Während die beiden Beklagten nunmehr den ursachlichen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Klägers und dem bei seiner Fahrt von Ulm nach Wiblingen eingetretenen Unfall zugestehen, ziehen sie nach wie vor in Abrede, daß der letztere in schuldhafter Weise durch den Beklagten H. herbeigeführt worden sei. Der hiernach beweispflichtige Kläger vermag allerdings eine naturgesetzlich oder mechanisch notwendige Abhängigkeit des Unfalls von einer den Beklagten H. treffenden Verschuldung nicht klarzulegen. Ein solch' strenger Nachweis wird jedoch in Fällen, wie der gegenwärtige, nicht erfordert, wo sich wegen der Eigentümlichkeit der obwaltenden Verhältnisse die ganze Kette von Ursachen und Wirkungen überhaupt nicht ermitteln läßt und jedenfalls während des Laufs der Entwicklung von dem Verletzten nicht verfolgt werden konnte; vielmehr bedarf es dann, wenn ohne Feststellung aller Einzelvorgänge die Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und einer Handlung oder Unterlassung als höchst wahrscheinlich gegeben ist, einer weiteren Aufklärung nicht und genügt zur Bildung richterlicher Ueberzeugung die Thatsache, daß nach menschlicher Erfahrung eine Verursachung durch zufällige Umstände als ausgeschlossen erscheint [1]).

Im allgemeinen ist nun der Lenker eines Gefährts, wofern er nur — was der Beklagte H. im vollsten Maße von sich behauptet — die erforderlichen Eigenschaften besitzt und im einzelnen Fall unausgesetzt die pflichtmäßige Sorgfalt anwendet, zur Vermeidung des Umstürzen seines Gefährts, ganz sicherlich aber dazu im stande, für einen in der That eingetretenen Sturz mehr oder weniger bestimmt eine befriedigende Erklärung zu geben. Hätte der Beklagte H. irgend welche greifbare Möglichkeit, daß eine zufällige, von ihm nicht zu

1) Entsch. a. a. O. Bd. 10, S. 143; 29, S. 140.

vertretende Ursache den streitigen Unfall veranlaßt habe, darzulegen gewußt, so müßte unzweifelhaft der Kläger den Gegenbeweis liefern. In erster Instanz ist jedoch von H. nur vorgebracht worden, eines der Pferde habe plötzlich an einem weißen Papierblatt oder an einer Sternschnuppe gescheut, infolge dessen rasch angezogen, dadurch dem Wagen einen Ruck gegen die seitlich an der Straße ansteigende Böschung gegeben und so den Wagen zu Fall gebracht. Mit diesem vermeintlichen Schutzvorbringen überführt er sich selbst einer schuldhaften Fahrlässigkeit in doppelter Richtung, sofern ihm bei gehöriger Aufmerksamkeit gelungen wäre, nicht nur den wahren Grund des Scheuens genau zu erkennen, sondern auch dasselbe rechtzeitig zu verhindern oder doch unschädlich zu machen. Es ist aber zudem als unwahr zu verwerfen, nachdem die Beklagten in zweiter Instanz eingeräumt haben, daß am fraglichen Abend ein heftiger Regen gefallen sei. Denn bei starkem Regenwetter kann weder ein weißes Papierblatt, noch eine Sternschnuppe die Pferde beunruhigt haben. Auch der neuerdings unternommene Hinweis auf die schlechte Witterung und auf vorherrschende Dunkelheit kommt dem Beklagten H. nicht zu statten. Obgleich durch derartige äußere Umstände das ordnungsmäßige Lenken eines Gefährts wesentlich erschwert wird, so vermag doch erfahrungsgemäß ein vorsichtiger Fuhrmann unschwer den widrigen Einflüssen von Regen und Dunkelheit durch erhöhte Sorgfalt, insbesondere durch Herabminderung der Fahrgeschwindigkeit und geeignetenfalls durch ausgiebige Beleuchtung der Straße, mit Erfolg zu begegnen, vor allem ein vollständiges Umstürzen seines Wagens zu verhüten. Einen fehlerhaften Zustand des benützten Wegs, wie beträchtliche Unebenheit der Fahrbahn oder Vorhandensein eines unvorhergesehenen Hindernisses auf derselben, behauptet der Beklagte H. selbst nicht, vielmehr ist von dem Beklagten sogar für die vorzügliche Beschaffenheit des Wegs Beweis angeboten worden. Daher gebricht es an jedem Anhaltspunkt für die Annahme, daß der vom Beklagten H. geleitete Wagen aus einem zufälligen, auch bei

aller Vorsicht nicht zu vermeidenden Anlaß umgestürzt ist, und erscheint der Beweisantritt dafür unbeachtlich, daß der Beklagte H. — sonst — sein Gefährt gewandt und ruhig zu lenken pflege. Soweit ferner der Beklagte R. den Beklagten H. allgemein zum Gegenbeweis gegen ein Verschulden benannt hat, handelt es sich offenbar um ein Urteil, nicht um eine bestimmte einzelne Thatsache und ist deshalb der Beweisantritt unzulässig.

Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Zeugen W. und Pfl. war unmittelbar, ehe der Wagen umfiel, ein plötzlicher Stoß zu verspüren, was vollends mit Sicherheit auf ein lässiges, sorgloses Leiten der Pferde und des Wagens, auf einen Mangel an der pflichtmäßigen Aufmerksamkeit bei dem Beklagten H. hinweist. Ob der Mangel darin bestand, daß H. aus Schlaftrunkenheit oder Gleichgültigkeit die Fahrbahn nicht beobachtete, oder ob er rascher gefahren ist, als sich bei der übeln Witterung und der herrschenden Dunkelheit mit den Regeln der Vorsicht vertrug, und ob zur Zeit des Unfalls die Wagenlichter gebrannt haben oder nicht, entbehrt der Erheblichkeit. Angesichts der ganzen Sachlage findet der Unfall bloß in einem schuldhaften Verhalten des Beklagten H. eine haltbare Erklärung und dies genügt zur Erbringung des dem Kläger obliegenden Beweises, ohne daß es noch auf die Art oder das Maß der Verschuldung ankommen würde.

Demgemäß haftet sowohl der Beklagte H. aus dem Aquilischen Gesetz, als der Beklagte R. aus dem Beförderungsvertrag auf Ersatz des dem Kläger unstreitig für Heilzwecke und Stellvertretung erwachsenen Aufwands.

Urteil des II. Civilsenats vom 18. März 1897 in Sachen Haas und Genossen gegen Fauser.

10.

Erfordernisse eines gemeinrechtlichen, mündlichen Privattestaments (Willenserklärung des Testators durch

Beantwortung an ihn gerichteter Fragen; Nachweis der Vollständigkeit der Willenserklärung).

Am 15. Dezember 1894 hat der am gleichen Tag verstorbene M. S. von Sp. in einem Zimmer eines Gasthofs in Stuttgart, wo er krank lag, vor Zeugen ein Testament mündlich errichtet, worüber der eine Zeuge (Notar) eine von den 7 Zeugen unterzeichnete Urkunde aufgenommen hat. Das Testament wurde angefochten wegen mangelnder Testierfähigkeit des S. und weil sich nicht beurteilen lasse, ob es auf dem eigenen Willen des Erblassers beruhe und dessen vollständigen Willen enthalte. Die Klage ist in zweiter Instanz abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Nach der als ächt anerkannten Urkunde vom 15. Dezember 1894 hat der Erblasser der Partien, der Weinhändler M. S. von Spaichingen, seinen letzten Willen vor 7 Zeugen, welche die von einem derselben, dem Notariatsassistenten K., hierüber abgefaßte Urkunde unterzeichnet haben, mündlich erklärt. Diese letztwillige Verfügung, welche Bestimmungen über die Erbeinsetzung der Kinder und der Ehefrau des Testierers trifft, ist somit ein gemeinrechtliches mündliches Privattestament, welche Testamentsform nach L.R. III, 1 § 2; 3 § 1 auch in Württemberg gilt.

Zur formellen Gültigkeit eines solchen Testaments genügt es, daß der Erblasser seinen letzten Willen vor 7 versammelten, zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung aufgeforderten Zeugen mündlich erklärt. Die Abfassung einer Urkunde über den mündlich erklärten letzten Willen ist nicht erforderlich. Erfolgt dieselbe gleichwohl, so hat sie die Bedeutung einer Beweisurkunde. Zwar bestimmt die Not.-Ordnung von 1512 § 5, daß auch über ein mündliches Testament eine Urkunde aufgenommen und vor dem Testierer und den Zeugen vorgelesen werden solle. Allein da nach § 1 dieser Notariatsordnung das mündliche Testament durch mündliche Erklärung errichtet wird und zu seinem Wesen

oder Substanz keiner Schrift bedarf, so sieht auch die Notariatsordnung (zu vergl. auch § 8 derselben) die schriftliche Abfassung und die Vorlesung des mündlich erklärten Willens nicht als einen wesentlichen Teil des Testierakts, sondern nur als eine Ordnungsvorschrift an[1]).

Daß nun im vorliegenden Fall der letzte Wille des Erblassers der Parteien vor 7 zum Zweck der Testamentserrichtung zusammenberufenen Zeugen mündlich erklärt worden ist, wird von diesen in obiger Urkunde bezeugt, und es wird auch die formelle Gültigkeit dieser letztwilligen Verfügung von den Klägern nicht bestritten.

Die Kläger halten aber auch jetzt noch an der Behauptung fest, daß der Testierer zur Zeit der am 15. Dezember 1894 vormittags zwischen 11 und 12 Uhr erfolgten Testamentserrichtung nicht testierfähig gewesen sei.

Da für die Testierfähigkeit eine Vermutung spricht, so hat derjenige, welcher die Gültigkeit eines Testaments wegen mangelnder Testierfähigkeit bestreitet, nach den insbesondere auch in dem württembergischen Recht (L.R. III, 2 § 3) geltenden Grundsätzen solches zu beweisen[2]). Testierunfähigkeit ist aber nach württembergischen Recht nur vorhanden, wenn der Testierer zur Zeit der Testamentserrichtung die Fähigkeit der Ueberlegung und der Einsicht in den Zweck und die Natur einer letztwilligen Verfügung nicht hat[3]). (Es wird nun ausgeführt, daß diese Erfordernisse der Testierfähigkeit des S. nachgewiesen sind, und sodann fortgefahren):

Durch die über die Testamentserrichtung des Erblassers der Parteien aufgenommene und von sämtlichen Testamentszeugen unterschriftlich bestätigte Urkunde vom 15. Dezember 1894, deren Aechtheit anerkannt ist, wird bewiesen, daß diese Zeugen beurkundet haben, daß der Testierer die in der Ur-

1) Glück, Komm. Bd. 35 S. 6 f. Sintenis, Civilrecht 2. A. III, 363. Windscheid, Pand. III § 541. Württ. Archiv XIII, 317 f. Seuffert, Arch. XXXIII n. 46.

2) Württ. Arch. XIII, 292 Z. 21.

3) Württ. Arch. XIII, 281.

kunde enthaltene letzte Willenserklärung abgegeben hat. Es wird aber auch von den Klägern nicht in Abrede gezogen, daß diese Willenserklärung so gelautet hat, wie sie in jener Urkunde aufgenommen worden ist, weshalb es einer Vernehmung sämtlicher Testamentszeugen über den Inhalt der letzten Willenserklärung des S. nicht bedarf[1]). Denn von den Klägern ist nur bestritten worden, daß der vor den Testamentszeugen erklärte Wille des S. ungültig sei, weil derselbe, abgesehen von der bereits erörterten Testierunfähigkeit des letztern, nicht den eigenen, selbstthätigen und nicht den vollständigen Willen des Erblassers enthalte. Da hiemit von den Klägern besondere Mängel des äußerlich formgültig erklärten letzten Willens des Testierers geltend gemacht werden, liegt ihnen der Beweis dieser Anfechtungsgründe ob[2]).

Die Errichtung des gemeinrechtlichen mündlichen Privattestaments hat so zu geschehen, daß der Testierer den Inhalt seines letzten Willens in allen Einzelnheiten den versammelten Zeugen so deutlich eröffnet, daß darüber, daß das Eröffnete seinen letzten Willen enthalte, auf seiten der Zeugen kein Zweifel bestehen kann[3]). Etwas weiteres schreibt auch die Notariatsordnung von 1512 § 8 nicht vor, wonach der Testierer seinen letzten Willen vor den Zeugen „öffentlich und klärlich" auszudrücken hat. Desgleichen wird in L.-R. III, 3 § 10 für das nach der 4. Landrechtsform errichtete mündliche Privattestament übereinstimmend mit dem gemeinrechtlichen mündlichen Privattestament nur erfordert, daß der Erblasser seinen vorhabenden letzten Willen vor dem Notar und 5 Zeugen mündlich eröffnet. Eine bestimmte Form, in welcher der Erblasser seinen letzten Willen den Zeugen mündlich zu eröffnen hat, ist in den Gesetzen nicht vorgeschrieben, es ist

1) Württ. Arch. XXII, 347 ff.

2) Zu vergl. württ. Arch. XIII, 421 f.

5) § 14 J. 2, 10, l. 21 pr. D. 28, 1, l. 21 § 4, l. 26, l. 29 C. 6, 23. Glück, Komm. XXXV, 3 ff. Sintenis, Civilrecht III, 363. Windscheid, Pand. III, § 541.

nicht einmal der Name des Erben von dem Erblasser wörtlich auszusprechen, sondern es genügt, die Bezeichnung des Erben durch Hinweisen auf eine anwesende Person [1]).

Es besteht daher auch kein gesetzliches Hindernis, daß die Errichtung eines mündlichen Testaments mittelst Befragung des Erblassers über den Inhalt seines letzten Willens in Gegenwart der Zeugen bewerkstelligt wird, vorausgesetzt, daß durch unzweideutige Beantwortung der an den Testierer gestellten Fragen der Wille desselben gegenüber den Zeugen deutlich erklärt wird. Der Ausschluß der Errichtung des letzten Willens auf diesem Weg wäre auch nicht gerechtfertigt, da sonst gar häufig, namentlich in Fällen, in welchen der Erblasser wegen seiner Bildungsstufe sich in zusammenhängender Rede nicht ausdrücken kann oder hieran infolge von Krankheit gehindert ist, ein mündliches Privattestament überhaupt nicht errichtet werden könnte. Auch schreibt die württ. Not.-Ordnung vom 25. Oktober 1808 § 17 den Notaren vor, den Willen des Testierers bei mündlichen Testamenten in Gegenwart der Zeugen mit möglichster Sorgfalt zu erforschen, und in § 27, in den aufzunehmenden Protokollen den Vortrag der Parteien deutlich und pünktlich und wenn nicht mit ihren eigenen Worten, wenigstens in ihrem wahren Sinn aufzuzeichnen, welchen Vorschriften ohne Befragung des Erblassers gar häufig nicht würde entsprochen werden können. Die Errichtung eines mündlichen Testaments mittelst Abfragung des Willens des Testierers wird nun auch in der heutzutage herrschenden Praxis für zulässig erklärt, sofern nur die Selbstthätigkeit des Willens des Erblassers nicht aufgehoben ist [2]).

1) L. 58 pr. D. 28, 5.

2) Seuffert, Arch. III nr. 182, XIX nr. 243, XXIX nr. 36. Württ. Arch. XIII, 324 ff., 326 f., (Entsch. des württ. O.-Tr. vom 3. Okt. 1862 und 14. Jan. 1870). Desgl. Entsch. vom 10. Mai 1854 l. c. S. 320 ff.) Entsch. des R.G. XXXI, 225. Seuffert, Pand. § 525 bei und in Note 19. Holzschuher, Theorie und Praxis II, 602 Z. 4. A. A. Glück, Komm. XXXIV. 23 ff. Sintenis, Civilrecht III, 379 f. Note 3. (Uebrigens bemerken die beiden letztern,

(Weiter wird ausgeführt, daß auf Grund der Zeugenaussagen anzunehmen sei, die Erklärung des letzten Willens des S. beruhe auf dessen selbstthätigem Entschluß und daß auch ohne Vernehmung der von den Klägern benannten Zeugen die Unvollständigkeit dieses Willens als nicht erweislich angesehen werden müsse.)

Nachdem das Reichsgericht, indem es im übrigen die Ausführungen des Berufungsrichters billigte, die Ablehnung dieses Zeugenbeweises für prozessualisch unzulässig erklärt und unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hatte, wurde in den Gründen des nunmehrigen Urteils des Berufungsgerichts ausgeführt:

Die herrschende Meinung[1]) erkennt nur einer auf die Erbeinsetzungen, nicht auch einer auf andere letztwillige Anordnungen, insbesondere Vermächtnisse, sich beziehenden Unvollständigkeit die Bedeutung zu, daß das ganze Testament hinfällig wird, und sie glaubt die Beschränkung darauf stützen zu können, daß bloß die Erbeinsetzung zu den wesentlichen Bestandteilen des Testaments gehört. Hieraus läßt sich nun aber zwar die Hinfälligkeit eines Testaments, das gar keine

daß sich die Zeugen bei der Testamentserrichtung durch Befragen des Erblassers nähere Auskunft erbitten dürfen, wenn sich derselbe beim Vortrag seines letzten Willens nicht ganz deutlich ausgedrückt haben sollte. Auch ist Glück a. a. O. der Ansicht, daß, wenn der Testator die Absicht zu testieren, und das, was er auf den Todesfall verordnen wolle, schon vorher erklärt habe, so daß sein letzter Wille dem Fragenden bekannt gewesen sei, oder wenn auf eine allgemeine Frage eine spezielle Antwort oder wenigstens auf eine spezielle Suggestivfrage eine derselben entsprechende spezielle Antwort erfolgt sei, alle Rechtsgelehrte darin einverstanden seien, daß Befragung des Testierers dem Testament unnachteilig sei.)

1) Glück, Komm. Bd. 38 S. 413 ff. Vangerow, Pand. § 433 Anm. 1. II. Sintenis, Civilr. (2. Aufl.) § 171. Bd. 3, S. 388 bei u. in Note 52. Seuffert, Pand. § 535 Note 2 u. 7 (Bd. 3 S. 163). Puchta, Pand. § 472 Note 9 (6. Aufl. S. 651). Desgl. Vorles. (4. Aufl.) S. 371. 372. Dernburg, Pand. (5. Aufl.) Bd. 3 S. 151 Z. 4 u. Note 11. Windscheid, Pand. § 546 Z. 5.

Erbeinsetzung enthält, ableiten, dagegen nicht auch der weitere Schluß ziehen, daß ein in sonstiger Richtung unvollständiges Testament unter allen Umständen haltbar sein müsse.

Das Gesetz selbst [1]) spricht dem eine Erbeinsetzung enthaltenden Testament dann jede rechtliche Bedeutung ab, wenn der Erblasser erwiesenermaßen noch weitere Erben einsetzen oder die vorgenommene Einsetzung an eine Bedingung knüpfen wollte und infolge plötzlich eingetretener Unfähigkeit nicht zur Durchführung seines Vorhabens gekommen ist. Hievon abgesehen erfordert eine unbestrittene Rechtsregel [2]) für die Gültigkeit aller Verfügungen von Todeswegen, daß sie dem wirklichen Willen des Erblassers entsprechen. Unvollständigkeit der letztwilligen Erklärung zieht mithin überhaupt deren Unwirksamkeit nach sich, wenn die begleitenden Umstände die Annahme rechtfertigen, daß der Erblasser die von ihm thatsächlich getroffenen Anordnungen ohne eine von ihm weiterhin beabsichtigte, aber nicht mehr erklärte letztwillige Bestimmung nicht getroffen hätte.

Vorliegend herrscht darüber, daß der Erblasser die von den Testamentszeugen in der Urkunde vom 15. Dezember 1894 niedergelegten letztwilligen Erklärungen abgegeben hat, kein Streit unter den Parteien. Feierlicher Abschluß der mündlichen Verfügungen von Todeswegen durch eine bestimmte Kundgebung des Erblassers, daß er nun zu Ende sei, ist nirgends vorgeschrieben und auch in dem reichsgerichtlichen Urteil vom 7. Juli 1896 nicht verlangt. Die vom Erblasser unstreitig abgegebenen Erklärungen aber bilden ein in sich geschlossenes, abgerundetes, nirgends die Spur einer Lücke aufweisendes Ganzes. Sonach erscheinen die Kläger dafür beweispflichtig, daß anderweite von dem Erblasser beabsichtigte und nach seiner Ansicht erhebliche Erklärungen lediglich wegen seiner körperlichen oder geistigen Schwäche nicht mehr abgegeben werden konnten. Ein solcher Beweis ist mit den Angaben der vernommenen Zeugen nicht erbracht und über-

1) L. 25 Qui test. (28,1). L. 9 § 5 Hered. cust. (28,5).
2) Windscheid, Pand. § 546 Z. 4.

haupt nicht mehr zu erbringen (da die benannten Zeugen teils gestorben, teils nicht aufzufinden seien, teils auf ihr Zeugnis verzichtet sei).

Urteile des II. Civilsenats vom 13. Februar 1896 und 10. Juni 1897 in Sachen Sauter gegen Neßler.

11.

Conjunctio; Bedeutung der Aufführung der Erben unter besonderen Ziffern, wobei mehrere Erben unter einer Ziffer verbunden sind?

Die im Jahr 1878 verstorbene Emilie S. von L. hat in ihrem am 28. Mai 1863 errichteten Testament „durch fideikommissarische Bestimmung als Erben und zwar zu gleichen Teilen eingesetzt" ihre Cousine M. von S. und ihre Cousine L. von S.; erstere war die einzige Tochter eines Vatersbruders, letztere die einzige Tochter einer Vatersschwester der Testiererin. § IV des Testaments lautet sodann: „Sollen diese meine Erbinnen für den Fall des Absterbens der Einen oder der Andern mit Ausschluß aller andern Verwandten sich substituiert sein und der Erbteil der Verstorbenen der Ueberlebenden zu teil werden."

§ V. „Stirbt endlich auch diese Fideikommißerbin, dann ernenne ich in evento folgende sechs Verwandtinnen zu Fideikommißerben, und zwar in derselben Weise wie Obige, daß die Ueberlebenden die Verstorbenen zu gleichen Teilen erben sollen:

1) die fünf Töchter meines Vetters Wilhelm S. von L. Elvira, Pauline, Stephanie und die zwei Jüngsten" (die 5 Klägerinnen).

„2) Freifräulein A. von S. Tochter des Oberförsters (Frhr. v. S.) in E." (die Beklagte).

In den §§ VI und VII ist bestimmt, daß nach dem Tod der letzten dieser Fideikommißerbinnen das Vermögen zu gleichen Teilen an die noch lebenden und von zwei Vaters-

brüdern der Testiererin abstammenden Fräulein von S. fallen solle; sollten solche nicht vorhanden sein, so solle das Vermögen „ebenfalls unter Aufhören des Fideikommißverbands" zu gleichen Teilen an die zu dieser Zeit lebenden männlichen „Abkommen" der erwähnten zwei von S.'schen Brüder fallen. Die beiden ersten Fideikommißerbinnen sind nunmehr gestorben, Testamentserbin der letztverstorbenen ist die Beklagte. Sie vertritt die Meinung, daß nach dem Testament der Emilie von S. ihr die Hälfte der Fideikommißerbschaft gehöre, während die Klägerinnen der Ansicht sind, daß jeder von ihnen wie der Beklagten ein Sechstel der Fideikommißerbschaft zustehe. Sie haben deshalb Klage gegen die Beklagte erhoben mit dem Antrag: Beklagte sei schuldig, anzuerkennen, daß sie nicht bloß zur Hälfte, sondern zu fünf Sechsteln Fideikommißerben der Emilie S. von L. seien. In beiden Instanzen ist nach der Klage erkannt worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Das württ. Landrecht (III, 11 § 13) bestimmt: „So dann einer zween oder mehr Erben eingesetzt vnd nicht eigentlich erklärt, wievil ein jeder erben soll, ist darfür zu halten, daß die Erbschaft gleich vnder sie außzutheilen seye." Der Fall, daß mehrere Erben eingesetzt sind, liegt vor; die Fideikommißerbschaft steht daher den in Frage stehenden sechs Eingesetzten zu gleichen Teilen zu, wenn die Testiererin nicht „eigentlich erklärt" hat — d. h. wenn sich nicht aus dem Testament ihr Wille entnehmen läßt, mag er auch keinen präzisen Ausdruck gefunden haben —, daß ein anderer Verteilungsmaßstab Platz greifen soll. Die im römischen Recht für den Fall sprachlicher und sachlicher Verbindung (conjunctio) der Eingesetzten gegebenen Auslegungsregeln sind im L.R. nicht erwähnt; als Auslegungsregeln, die aus dem Sprachgebrauch der Römer entnommen sind, können sie der Natur der Sache nach nur insoweit Anwendung finden, als der deutsche Sprachgebrauch mit dem römischen übereinstimmt.

II. Es ist nun der Beklagten zuzugeben, daß es im Deutschen im allgemeinen eine besonders bezeichnende Art der Bestimmung der Erbteile ohne ausdrückliche Angabe ihrer Höhe ist, wenn die Erben unter Ziffern aufgeführt werden, sofern nach dem bestehenden Sprachgebrauch die Anzahl der Ziffern die Bruchteile angibt, in die die Erbmasse zerfallen soll, so daß je die unter einer Ziffer zusammengefaßten Erben zusammen einen solchen Bruchteil erhalten sollen, so bemerken z. B. auch die Motive zu § 1796 E.B.G.B. [1]): es könnte sich fragen „ob nicht bei einer Aufführung der Erben unter besonderen Ziffern ein besonderes Gewicht auf die Verbindung unter einer Ziffer zu legen sein würde." Wenn daher die in Frage stehende Testamentsbestimmung lediglich dahin lauten würde: „zu Erben ernenne ich in eventu 1) die 5 Töchter meines Vetters W. S. v. L., 2) Freifräulein A. von S.", so könnte — wie schon der Unterrichter bemerkt hat — kaum ein Zweifel daran bestehen, daß die unter 1) genannten Erbinnen die eine Hälfte, die unter 2) genannte Erbin die andere Hälfte des Fideikommisses erhalten sollte. Es könnte, wie der Beklagten weiter zuzugeben ist, auch der Umstand, daß die Erblasserin der Aufführung der Erbinnen unter zwei Ziffern die Worte vorausschickt, sie ernenne „folgende sechs Verwandtinnen" zu Erben, für sich allein keinen Zweifel daran erregen, daß jeder Ziffer eine Hälfte der Fideikommißerbschaft zufallen solle: es ist unmöglich, in diesen einleitenden Worten die „eigentliche Erbeinsetzung" ausgesprochen zu finden (wie der Unterrichter für zulässig hält); denn es fehlt diesen Worten gerade das Wesentliche einer Erbeinsetzung, die Bezeichnung der eingesetzten Personen; ein Testament, das sich bezüglich der Erbeinsetzung darauf beschränken würde, zu sagen: „zu Erben werden folgende sechs Verwandte eingesetzt" wäre nichtig, weil es keine Erbeinsetzung enthielte.

III. Zweifel über die Auslegung des § V erregen aber die der Aufführung der Erbinnen unter zwei Ziffern voraus-

1) Bd. 5 S. 86 unten.

gehenden Worte, wonach die Testiererin „folgende sechs Verwandtinnen" zu Erben einsetzt, „und zwar in derselben Weise wie Obige, daß die Ueberlebenden die Verstorbenen zu gleichen Teilen erben sollen." Das kann besagen sollen: die sechs Verwandten sollen in gleicher Weise Fideikommißerbinnen sein, wie die in § III eingesetzten, insbesondere sollen auch in dieser Reihe die Ueberlebenden die Verstorbenen gemäß § IV zu gleichen Teilen beerben. Diesfalls wäre mit dem ersten Teil des Satzes gesagt: die 6 Verwandten sollen wie die in § III Eingesetzten „Erben und zwar zu gleichen Teilen" sein; das ließe zwar auch die Auslegung zu, die 6 Verwandten des § V sollen in der Weise zu gleichen Teilen Erbinnen sein, daß auf jede Ziffer die Hälfte der Erbschaft fallen solle, wie bei den beiden in § III aufgeführten Erbinnen; natürlicher wäre aber doch die Auslegung, die 6 Verwandten des § V sollen jede den gleichen Teil der Erbschaft, also jede ein Sechstel, erhalten. Eine unbefangene Auslegung der erwähnten Worte wird es nun freilich für das Wahrscheinlichste halten, daß sie nichts weiteres besagen wollen als: die 6 Verwandten sollen insofern in derselben Weise wie die in § III Eingesetzten Erben sein als sie sich wie diese gemäß § IV unter einander beerben sollen — daß also der § V nur die gegenseitige Substitution der 6 hier genannten Verwandten festsetzt. Hiemit wäre aber gesagt (vergl. § IV): für den Fall des Absterbens der einen oder andern der 6 Erbinnen sollen die Ueberlebenden mit Ausschluß aller andern Verwandten substituiert sein und der Erbteil der Verstorbenen den Ueberlebenden zu teil werden. Dem Wortlaut nach ist hiemit unzweideutig bestimmt, daß, wenn eine der sechs Erbinnen des § V stirbt, die fünf übrigen sie beerben, wenn eine dieser fünf stirbt, die vier übrigen u. s. w. So verstanden weist aber diese Bestimmung entschieden darauf hin, daß die Parteien nach Köpfen eingesetzt sein sollten; denn es ist kaum denkbar, daß, wenn sie nach Stämmen eingesetzt wären, die fünf Kläge-

rinnen also nur die eine Hälfte der Erbschaft erhalten sollten, dann der Stammteil nicht beim Stamm bleiben sollte, solang noch ein Glied des Stammes lebt, daß vielmehr die Beklagte beim Tod jeder der fünf Klägerinnen miterben sollte. Es ist ja nun nicht unmöglich, den fraglichen Satz des § V dahin zu verstehen; im Fall des Todes einer der unter Ziffer 1 und 2 des § V genannten Erbinnen sollen gemäß § IV mit Ausschluß aller andern Verwandten die Ueberlebenden an die Stelle der Verstorbenen treten, wobei als selbstverständlich anzusehen wäre, daß zunächst die Ueberlebenden der betr. Ziffer, des Stamms, in Betracht kommen, und für diese Auslegung ließe sich anführen, daß es nicht wahrscheinlich ist, daß die Erblasserin beim Tod einer der unter Ziff. 1 genannten Schwestern die mit ihnen im 6. Grad verwandte Beklagte miterben lassen wollte.

Aber mit dem Wortlaut des mehrerwähnten Satzes ist die eben angeführte Auslegung doch kaum vereinbar, die Fassung wäre diesfalls eine äußerst ungenaue und unglückliche, während die andere Auslegung den Worten keinen Zwang anzuthun braucht und die hienach getroffene Bestimmung ganz wohl verständlich ist, sobald man annimmt, daß die 6 Erbinnen zu gleichen Teilen, nach Köpfen, haben eingesetzt werden wollen.

IV. Hienach erregt der Zwischensatz: „und zwar — erben sollen" mindestens Zweifel daran, ob durch die Gruppierung der 6 Verwandten unter 2 Ziffern eine Verteilung der Erbschaft in der Weise angeordnet werden wollte, daß jeder Gruppe oder Ziffer die Hälfte der Erbschaft zufallen sollte; möglich ist ja an sich, daß die Erblasserin die Ziffern nur der Uebersichtlichkeit halber angewendet hat, wie sie in § III die beiden Erbinnen unter Ziff. 1 und 2 aufgeführt hat, obwohl sie schon zuvor ausdrücklich bestimmt hatte, daß sie „zu gleichen Teilen" erben sollen, die Ziffern also für die Bemessung der Erbteile nicht mehr in Betracht kamen. Jener Zweifel wird verstärkt durch folgende Erwägungen:

a) Wenn das Testament im übrigen grundsätzlich von

der Erbfolge nach Stämmen ausgegangen wäre, so würde dies dafür sprechen, daß diese Erbfolge auch in § V gemeint sei. Diese Prämisse trifft aber nicht zu, vielmehr geht durch das Testament ein invidualisierender, auf gleichheitliche Bedenkung der Berufenen gerichteter Zug. Die Erbinnen in § III können zwar ebensowohl als nach Stämmen berufen gelten, da sie eben thatsächlich die einzigen Repräsentantinnen des betreffenden Stammes waren, allein dem wörtlichen Ausdruck nach („zu gleichen Teilen") sind sie doch eher in capita eingesetzt. Ausdrücklich und deutlich nach Köpfen berufen sind dann die Erbinnen 3. Ordnung in § VI und die männlichen Abkommen der in § VI genannten von S.'schen Brüder.

Wenn nun aber weiter

b) zwischen den in dieser Weise eingesetzten Erben 1. 3. und weiterer Ordnung als Erben 2. Ordnung berufen sind: „folgende sechs Verwandtinnen", so kann man sich des Eindrucks nicht entschlagen, daß in der Anführung der Sechszahl, obschon die Worte nur erst die Einleitung zur Erbeinsetzung enthalten, doch möglicherweise die Andeutung einer beabsichtigten Berufung nach Sechsteilen zu finden sein dürfte.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterung ist hienach das, daß eine „eigentliche Erklärung" (im Sinn des L.R.) der Erblasserin des Inhalts, die 6 Verwandten sollen in der Weise erben, daß den Klägerinnen die eine Hälfte, der Beklagten die andere Hälfte des Fideikommisses zufalle — in dem Testament sich nicht finden läßt, der Wille der Erblasserin vielmehr zweifelhaft bleibt und deshalb die gesetzliche Regel Platz zu greifen hat, wonach im Zweifel die eingesetzten Erben nach Kopfteilen erben.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Juli 1897 in Sachen Seutter v. Lötzen gegen Seutter v. Lötzen.

12.
Anfechtung einer anerkannten Teilung wegen angeblicher Irreführung durch den die Teilung leitenden Notar?

Kläger haben eine seiner Zeit von ihnen als richtig anerkannte Teilung angefochten mit der Behauptung: sie seien durch den die Teilungsverhandlung leitenden Notar in den Irrtum versetzt worden, daß die Beklagten zufolge Versendung an Stelle ihrer (der Beklagten) Erblasser getreten seien; in Wirklichkeit hätten ihnen, den Klägern, (kraft Anwachsungsrechts) die den Beklagten zugewiesenen Erbteile zugewiesen werden sollen. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

In erster Linie erhebt sich die Frage, ob, nachdem die jetzt angefochtene Teilung von den Klägern seiner Zeit ausdrücklich als durchaus richtig anerkannt worden ist, dieses Anerkenntnis wegen Irreführung durch den Notar kondiziert werden kann. Der Unterrichter hat die Frage mit Recht bejaht. Das bezügliche Teilungsprotokoll lautet auf S. 3b ganz kurz: „Die Erben Joh. O. und Kath. O. sind nach der Erblasserin gestorben und versenden ihre Anteile" — und auf S. 9a und 9b: „Joh. O., welcher seinen Erbteil auf seine Erben versendet, so daß es jeden derselben 68 M. 75 Pf. trifft", ... „Kath. H., welche, da sie den Anfall erlebt und nach der Erblasserin gestorben, ihren Erbteil auf ihre Erben versendet . . . . thut jedem 90 M. 77 Pf." und fährt unmittelbar hierauf fort:

„Nach Eröffnung dieses Teilungsresultats wird die Vermögensaufnahme und die Verteilung von sämtlichen Erben als richtig anerkannt 2c. 2c. . . . . .˙. A.V. anerkannt:" (folgen die Unterschriften, worunter die sämtlicher Kläger bezw. deren Vertreter). — Das Protokoll über die gepflogene Verhandlung läßt also lediglich erkennen die Auffassung des geschäftsleitenden Notars, daß und warum die † Nacherben Joh. O. und Kath. H. die Erbschaft versenden. Mag bei

der bezüglichen Protokollierung eine ausdrückliche Belehrung der Interessenten über die Frage, ob „Versendung eintrete oder nicht", stattgefunden haben oder nicht, und mag sich an diese Belehrung eine ausdrückliche „Erörterung" angeschlossen haben „daß der Fideikommißanspruch der Beklagten ein nicht zweifelloser, bestreitbarer sei" oder nicht — überall ist hienach die Annahme begründet, daß die ohne Rechtsbeistand erschienenen Kläger der Meinung des Notars als Rechtsverständigen folgten, und daß sie, wenn solche irrtümlich war, diesen Irrtum teilten; auch müßte dieser Irrtum nach Sachlage, auch soweit er auf einen Rechtsirrtum hinauslaufen sollte, als entschuldbar und daher zu Rechtfertigung der Kondiktion des Anerkenntnisses geeignet erachtet werden. Dafür, daß die Kläger den den Beklagten vom Notar zugedachten Anspruch ihrerseits zunächst etwa bestritten, dann aber auf Zureden des Notars trotz ihrer Kenntnis bezw. Ueberzeugung davon, daß derselbe nicht begründet sei, den Beklagten zugebilligt hätten, weil sie damals nicht prozessieren wollten, oder aus welch' sonstigem Grunde — ist weder in dem Teilungsprotokoll, noch in dem Vorbringen der Beklagten in dieser Instanz irgend welcher Anhaltspunkt gegeben. Nur in solchem beklagterseits zu erweisenden Falle aber wäre ein Rückforderungsrecht der Kläger ausgeschlossen [1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 25. März 1897 in Sachen Oelkuch gegen Wahl.

13.

1. **Erbschaftsantritt; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Antretungsfrist?**
2. **Syndikatsklage gegen einen Notar, der bei Leitung einer Teilungsverhandlung einen Beteiligten über das ihm kraft Versendung zustehende Erbrecht nicht belehrt hat.**

Am 22. Oktober 1884 starb die Ehefrau des Schlossers

1) S. l. 11 Cod. de cond. ind. 4, 5; Windscheid, Pand. § 426 bei Note 15. 26. 27.

Jakob F. in Oe., Schwiegermutter der Klägerin, am 27. November 1884 der Ehemann der Klägerin, Sohn der genannten Frau F. Er hinterließ als gesetzliche Erben die Klägerin und eine minderjährige, jetzt 13 Jahre alte Tochter. Am 18. Dezember 1884 fanden vor dem Beklagten als Amtsnotar in M. und dem dortigen Waisengericht die Verhandlungen über die Teilungen der Nachlässe der beiden Verstorbenen statt, wobei je die gesetzlichen Erben die Erbschaft antraten und um Unterlassung der Eventualteilung baten, welchen Gesuchen alsbald entsprochen wurde. Unter den Erben der Frau F. ist nicht der Ehemann der Klägerin, sondern nur dessen Tochter aufgeführt, Klägerin ist bei dieser Teilung nicht als erschienen aufgeführt, wohl aber bei der ihres Ehemanns.

Am 9. Dezember 1887 starb der Schwiegervater der Klägerin, Nachholung der Eventualteilung seiner verstorbenen Ehefrau unterblieb, die Tochter der Klägerin erhielt als Erbin von Großvater und Großmutter wie jedes der vier lebenden Kinder der Verstorbenen $^{1}/_{5}$ des gesamten Nachlasses mit rund 1806 M.

Klägerin beantragte 1891 zunächst Zulassung zum Armenrecht behufs Erhebung einer Klage gegen die Pflegschaft ihres Kinds auf Herausgabe des ihr zukommenden Anteils am Nachlaß ihrer Schwiegermutter, indem sie geltend machte: ihr Mann habe an seinem Todestag zu seinem Vater gesagt: „Jetzt hab' ich meine Mutter beerbt und das Muttergut gibst meinem Weib" — und zu ihr: „So jetzt ist gesorgt für dich, jetzt bekommst du das, was ich von der Mutter geerbt habe"; hierin dürfte der Erbschaftsantritt ihres Manns an seiner Mutter gelegen sein; Zeugen für diese Aeußerungen habe sie keine, sie könne aber ihre Angaben beschwören. Nach Versagung des Armenrechts erhob sie — nachdem ihr hiezu das Armenrecht bewilligt worden war — Klage gegen den Beklagten auf Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht mit dem Antrag, ihn zur Bezahlung von 311 M. 90 Pf. nebst Zinsen zu verurteilen. Sie stellte sich nunmehr auf den

Standpunkt, daß ihr Ehemann die mütterliche Erbschaft **nicht** angetreten habe, wogegen Beklagter einen solchen Erbschaftsantritt behauptete, indem er sich die oben erwähnte Darstellung aneignete, die die Klägerin 1891 gegeben hat, und über dieselbe ihr den Eid zuschob. Klägerin behauptete dem gegenüber, ihr Mann habe an seinem Todestag zu seinem Vater gesagt: „jetzt gibst meinem Weib das, was ich von der Mutter erben thät', an der thät' ich ja erben, mein Heiratgut und mein Muttergut verkaufst du und zahlst meiner Frau ihr Häusle, daß sie keine Schulden hat"; der alte F. habe das zu thun versprochen und darauf habe ihr Mann zu ihr gesagt: „So jetzt ist für dich gesorgt"; Klägerin hat sich bereit erklärt zu beschwören, daß nichts weiteres gesprochen worden sei.

Klägerin findet eine Verletzung der Amtspflicht seitens des Beklagten darin, daß er übersehen habe, daß ihr Mann **nach** seiner Mutter gestorben sei und sie deshalb als Versendungserbin berechtigt gewesen wäre, neben ihrer Tochter an Stelle ihres Manns die Erbschaft an dessen Mutter anzutreten; sie selbst habe die Sache nicht verstanden, Pflicht des Beklagten wäre es gewesen, sie auf ihr Recht aufmerksam zu machen; diesfalls hätte sie $1/3$ des Erbteils ihres Manns an seiner Mutter erhalten.

Beklagter hat Klagabweisung beantragt, indem er ein Verschulden auf seiner Seite (das zudem in gleicher Weise die Waisenrichter träfe) bestritten und eigenes Verschuldeu der Klägerin behauptet hat. Er hat ferner geltend gemacht: da der Ehemann der Klägerin die mütterliche Erbschaft angetreten habe, sei Klägerin als Erbin ihres Manns berechtigt, den ihr gebührenden Teil dieser Erbschaft von ihrer Tochter herauszuverlangen; ein hierauf gerichteter Prozeß sei keineswegs aussichtslos. Dem Beklagten komme hienach zur Zeit jedenfalls Art. 225 des Pfandgesetzes zu statten.

Im Berufungsverfahren ist der Anspruch der Klägerin dem Grund nach für gerechtfertigt erklärt worden aus folgenden

Gründen:

I. Aus dem, was Klägerin vor und in diesem Prozeß

vorgetragen hat, läßt sich keineswegs der sichere Schluß ziehen, daß ihr Ehemann die mütterliche Erbschaft angetreten hat. Weder in der angeblichen Aeußerung desselben: „jetzt hab' ich meine Mutter beerbt", noch in der: „an meiner Mutter thät' ich ja erben u. s. w." ist die Antretung der Erbschaft, die unwiderrufliche Erklärung des Willens, die Erbschaft anzunehmen, zu finden, sondern es ist damit eben die Thatsache hervorgehoben, daß der Ehemann der Klägerin zu den „Erben" d. h. den zur Erbschaft Berufenen gehörte, daß ihm die Erbschaft angefallen war. Auch eine Verfügung über die angefallene Erbschaft (eine pro herede gestio) liegt in den angeführten Aeußerungen nicht: denn der Ehemann der Klägerin konnte — wie auch in ländlichen Kreisen wohl bekannt ist — nicht anordnen, daß sein Vater den ihm (dem Sterbenden) zukommenden Anteil an seinem mütterlichen Vermögen der Klägerin ausfolge, weil ja der Vater an diesem ganzen Vermögen, soweit er es nicht als Erbe erhielt, die lebenslängliche statutarische Nutznießung hatte und daher nichts von demselben herauszugeben brauchte; der Mann der Klägerin hat eben seinem Vater gegenüber einen Wunsch in der Richtung ausgesprochen, wie es mit dem ihm angefallenen Muttergut gehalten werden solle, und der Vater hat die Erfüllung dieses Wunsches in unverbindlicher Weise zugesagt. Von einem Vertrag zwischen Vater und Sohn kann keine Rede sein; Klägerin erlangte, auch wenn ihre Darstellung in Betreff der Besprechung zwischen ihrem Ehemann und dessen Vater in der einen oder der andern Form wahrheitsgemäß sein sollte, kein Recht auf Ausfolge des Mutterguts ihres Mannes und der Umstand, daß sie unterlassen hat, diese Ausfolge von ihrem Schwiegervater zu verlangen, weist deutlich darauf hin, daß sie selbst das Bewußtsein hatte, einem hierauf bezüglichen Verlangen von ihrer Seite würde der rechtliche Boden fehlen.

Gegen die Annahme eines Erbschaftsantritts seitens des Ehemanns der Klägerin kommt in Betracht, daß in Württemberg in Kreisen wie die, denen Klägerin angehört,

„die entscheidenden Erklärungen der Erbberechtigten regelmäßig erst anläßlich der vor der Teilungsbehörde stattfindenden Verhandlungen abgegeben" werden[1]). Wenn auch der Erbschaftsantritt keiner Form bedarf und nicht vor einer Behörde oder bestimmten Person zu erfolgen hat, so stellt doch nicht jede Aeußerung, jeder Wunsch eines Erbberechtigten darüber, in welcher Weise mit der ihm angefallenen Erbschaft verfahren werden soll, eine unwiderrufliche Erklärung des Erbschaftsantritts dar und man würde gewiß mit Recht Bedenken tragen, falls sich eine Ueberschuldung der Erbschaft herausstellt, einen Erben auf Grund von Aeußerungen wie die angeführten des Ehemanns der Klägerin für die Erbschaftsschulden haften zu lassen. Es handelt sich hier um „zweiffeliche Reden, darauß die Antrettung der Erbschafft nicht nothwendig zu schließen oder zu verstehen": L.R. III, 21 § 2.

II. Wenn aber auch je in der einen oder der andern der von der Klägerin angeführten angeblichen Aeußerungen ihres Ehemanns ein Erbschaftsantritt bezw. eine Verfügung über die mütterliche Erbschaft zu finden wäre, so würde dies doch nicht zur Abweisung der gegenwärtigen Klage führen. Allerdings hätte Klägerin, falls ihr Ehemann die mütterliche Erbschaft angetreten hätte, gegen ihre Tochter Anspruch auf Herausgabe dessen, was sie vom Beklagten ersetzt verlangt. Dieser Anspruch hat aber für Klägerin nur Wert, wenn sie damit durchzudringen vermag, andernfalls ist sie thatsächlich in der gleichen Lage, wie wenn der Anspruch nicht bestände. Nun ist aber eine Klage der Klägerin gegen ihre Tochter auf Herausgabe eines Drittels der großmütterlichen Erbschaft mit Recht schon früher von der Civilkammer wie von diesem Senat für aussichtslos erachtet worden: denn Klägerin vermöchte den angeblichen Erbschaftsantritt ihres Mannes nicht zu beweisen; sie hat schon zu der Zeit, als sie auf ihre betreffende Behauptung Ansprüche gründen wollte, als einziges Beweismittel einen von ihr zu leistenden Eid bezeichnet und auch Beklagter kann ein anderes Beweismittel

1) Vergl. W. J.B. Bd. 5 S. 26 ff.

für den angeblichen Erbschaftsantritt nicht bezeichnen; zu einem richterlichen Eid der Klägerin in einem Prozeß gegen ihre Tochter läge aber, da der angebliche Erbschaftsantritt in keiner Weise glaubhaft gemacht ist, durchaus kein Grund vor, zumal angesichts des Schwankens der Klägerin in ihren thatsächlichen Angaben und den Begründungen der von ihr beabsichtigten und erhobenen Klagen. Bei Prüfung der Aussichten eines Prozesses kann aber mit der Möglichkeit nicht gerechnet werden, daß der Gegner der aussichtslosen Klage statt gibt.

Bei dieser Sachlage kann Beklagter nicht verlangen, daß Klägerin zunächst gegen die Pflegschaft des Kindes Klage auf Herausgabe eines Drittels der großmütterlichen Erbschaft erhebe; Art. 67, 72, 75 des Notariatsgesetzes vergl. mit Art. 225 des Pfandgesetzes rechtfertigen ein solches Verlangen nicht: denn wenn hienach auch [1]) die Syndikatsklage nur insoweit stattfinden soll, als der Beschädigte nicht durch die ihm zu Gebote stehenden übrigen Mittel gegen sonstige Verpflichtete zum Ersatz seines Schadens gelangen kann, so kann das Gesetz doch nicht dahin verstanden werden, daß der Syndikatsklage notwendig eine Klage gegen die sonstigen angeblichen Verpflichteten vorausgehen muß, auch wenn — wie im gegenwärtigen Fall — diese Klage von vornherein gänzlich aussichtslos erscheint.

Hätte also auch der Ehemann der Klägerin die mütterliche Erbschaft angetreten, so könnte Klägerin doch ihr Recht auf ein Drittel dieses Mutterguts nicht durchsetzen. Diese Schädigung der Klägerin wäre aber nicht eingetreten, wenn bei Teilung des Nachlasses der Frau F. beachtet worden wäre, daß der Mann der Klägerin nach seiner Mutter gestorben ist: den diesfalls wäre nach dem normalen Gang der Dinge der Erbteil des Ehemanns der Klägerin an seiner Mutter zu $^1/_3$ der Klägerin, sei es als Erbin, sei es als Transmissarin ihres Manns zu Teil geworden.

---

1) Vergl. W.J.B. 6 S. 154.

III. Hatte nämlich der Ehemann der Klägerin die mütterliche Erbschaft nicht angetreten, so hatte Klägerin das Recht, als Intestaterbin ihres Mannes innerhalb des für den Erbschaftsantritt des Verstorbenen laufenden Jahrs „die ohnangetrettene Erbschafft auch jhres Theils noch wol an-(zu)-nemmen", vorausgesetzt, daß ihr Ehemann von dem Erbschaftsanfall Kenntnis erlangt hatte, woran nach Lage der Sache nicht zu zweifeln ist. Unterließ Klägerin in der angegebenen Frist diese „Erklärung und Antretung", so hatte „sie — den Zutritt zu solcher Erbschaft verlohren": L.R. IV, 22 §§ 3. 4. Daß Klägerin diese Rechtssätze nicht gekannt hat und diese Unkenntnis ihr nicht zur Schuld angerechnet werden kann, davon geht Beklagter selbst mit Recht aus. Daß sie am 18. Dezember 1884 auf dem Rathaus zu Oe. keinen Ausspruch auf einen Teil des Mutterguts ihres Ehemanns erhoben hat, erklärt sich daraus, daß damals die Eventualteilung über den Nachlaß der Frau F. aufgeschoben wurde, deren Ehemann also das ganze Vermögen in seinen Händen behielt, es der Klägerin also nicht auffallen konnte, daß nichts an sie gelangte, und sie der Zuversicht sein durfte, die Behörde, der die Leitung der Teilung oblag, werde ihre etwaigen Rechte berücksichtigen. Ein Verschulden der Klägerin liegt daher in ihrem damaligen Verhalten nicht; ebensowenig darin, daß sie nicht später eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Antretungsfrist nachsuchte, und zwar schon deshalb nicht, weil nicht nur der Wortlaut und Zweck von L.R. IV, 22 § 4 eine solche Wiedereinsetzung als ausgeschlossen erscheinen läßt (einer der Fälle von L.R. a. a. O. §§ 17 und 18 liegt nicht vor), sondern auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Wiedereinsetzung wegen Rechtsunkenntniß insbesondere gegen den Ablauf einer Verjährungs- oder Ausschlußfrist nicht stattfindet [1]). Daß — wie Beklagter in erster Instanz ein-

1) Vergl. Wächter, W.Pr.R. Bd. 2 S. 844 bei Note 11 a Seite 121 bei und in Note 10. Stein-Hohl § 107.

mal bemerkt hat — Klägerin die ihr versendete Erbschaft angetreten habe, ist unhaltbar: anläßlich der Verhandlungen über die Teilungen des Nachlasses ihres Mannes und ihrer Schwiegermutter hat sie lediglich den Antritt der Erbschaft an ihrem Mann erklärt. Wenn Klägerin von ihrem Transmissionsrecht Gebrauch gemacht hätte, wäre ihr ein Drittel des Anteils, den ihr Mann als Erbe seiner Mutter von deren Vermögen hätte beanspruchen können, zu Eigentum zugefallen. Von einem Verzicht der Klägerin auf dieses Recht anläßlich der Teilungsverhandlungen vom 18. Dezember 1884 kann keine Rede sein, weil Klägerin damals keine Kenntnis von diesem Recht hatte, wie ihr zu glauben ist und Beklagter selbst nicht bestreitet. Daß sie auf dieses Recht verzichtet hätte, wenn sie es gekannt hätte, läßt sich nicht unterstellen, wenn auch das, was ihr entging, ihrem Kind zu gut kam: Verzichte sind nicht zu vermuten und das nachherige Verhalten der Klägerin, die behufs eines Prozesses gegen ihre Tochter um das Armenrecht nachgesucht hat, spricht gegen die Annahme, daß sie 1884 oder später auf geeignete Vorstellungen auf ihren Anteil am Muttergut ihres Ehemanns verzichtet hätte. Es muß vielmehr als der normale Verlauf der Dinge der unterstellt werden, daß Klägerin die Erbschaft ihrer Schwiegermutter angetreten hätte, wenn sie 1884 darüber belehrt worden wäre, daß sie hiezu innerhalb Jahresfrist berechtigt sei.

IV. Es war aber Pflicht der die Teilungsverhandlungen leitenden Behörde und in erster Linie, da es sich um eine bei den Waisenrichtern nicht zu erwartende besondere Gesetzeskenntnis handelte (Art. 72 Not.-Gesetz), Sache des Beklagten, die Klägerin über die rechtliche Sachlage und ihre Befugnisse in Betreff der ihrem Ehemann angefallenen mütterlichen Erbschaft aufzuklären. Wenn einmal — wie in Württemberg der Regel nach — die Teilungen unter Leitung von Notar und Waisenrichtern vor sich gehen, sind die Beteiligten berechtigt, sich darauf zu verlassen, daß der sachverständige Notar ihre Rechte wahrt bezw. sie über die-

selben belehrt: diese Pflicht der Behörde ist das Korrelat der in der amtlichen Leitung der Teilungen liegenden Bevormundung der Beteiligten — oder anders ausgedrückt: diese Pflicht ergibt sich aus der Fürsorge, die der Behörde in Betreff der Rechte der an einer Erbschaft beteiligten Personen obliegt und die in der Anordnung der amtlichen Leitung der Teilungen sich ausdrückt.

Der Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten hat, daß sie nicht ein Drittel der ihrem Ehemann angefallenen mütterlichen Erbschaft in ihr Vermögen erhalten hat, ist demnach darauf zurückzuführen, daß Beklagter es entgegen seiner Pflicht unterlassen hat, sie über die ihr zustehenden Rechte zu belehren.

V. Dieser Unterlassung liegt aber ein Verschulden des Beklagten zu Grund. Daß er die Rechtssätze über Transmission nicht gekannt habe oder sie ihm augenblicklich nicht gegenwärtig gewesen seien, behauptet Beklagter selbst nicht und kann nicht unterstellt werden; es ist deshalb nicht zu erörtern, ob nicht auch in einem solchen Fall ein Verschulden des Beklagten anzunehmen wäre. Scheidet die eben erwähnte Möglichkeit aus, so bleibt nur übrig, davon auszugehen, daß Beklagter in der irrigen Meinung befangen war, der Ehemann der Klägerin sei vor seiner Mutter gestorben (wie dies Beklagter selbst in erster Instanz angedeutet hat). Nun fand aber die Verhandlung in Betreff der Teilung des Nachlasses des Ehemanns der Klägerin und desjenigen seiner Mutter am gleichen Tag und ohne Zweifel in unmittelbarem Zusammenhang statt; bei gehöriger, pflichtmäßiger Aufmerksamkeit konnte es daher dem Beklagten nicht entgehen, daß der Sohn nach der Mutter gestorben war: die gleichzeitige Vornahme der beiden Teilungen mußte ihn darauf hinweisen, daß Mutter und Sohn ziemlich gleichzeitig gestorben waren, und ihn deshalb veranlassen, den Todestagen Beider Beachtung zu schenken. Wenn er trotz dieser in der Sache liegenden Aufforderung zur Aufmerksamkeit auf diesen Umstand ohne weiteres die Teilungen so behandelte,

wie wenn der Sohn vor der Mutter gestorben wäre, so liegt darin eine mindestens leichte Nachläßigkeit, die den Beklagten für den daraus der Klägerin als einer Betheiligten erwachsenen Schaden nach Art. 67 und 72 Not.-Ges. haftbar macht. Hätte aber Beklagter beachtet, daß der Sohn am 27. November, die Mutter schon am 22. Oktober gestorben war, so hätte er daraus entnehmen müssen, daß mutmaßlich der Sohn den Tod der Mutter und somit den Erbschaftsanfall erfahren hatte, und wenn er hierüber Zweifel gehabt hätte, wäre es seine Sache gewesen, sich Aufklärung zu verschaffen. Daß bei richtiger Behandlung der Sache der Klägerin das ihr gebührende Drittel an der ihrem Mann angefallenen Erbschaft gesichert worden wäre, ist schon oben (Ziff. II a. E.) ausgeführt worden. Für die erwähnte Versäumnis ist aber Beklagter allein haftbar; denn wenn auch die Waisenrichter ebensogut wie er bemerken konnten, daß der Sohn nach der Mutter gestorben war, so konnte ihnen doch nicht zugemutet werden, zu wissen, daß hierauf im konkreten Fall etwas ankam, weil, je nachdem der Sohn nach der Mutter gestorben war oder umgekehrt, Klägerin an ihrer Schwiegermutter miterbberechtigt war oder nicht; die Erheblichkeit der erwähnten Thatsache einzusehen, erforderte „besondere Gesetzes-Kenntnisse" die von ihnen nicht zu erwarten waren (Art. 72 Not.-Ges.) Eine Mitverantwortlichkeit der Waisenrichter für die Schädigung der Klägerin ist daher nicht anzunehen; falls Beklagter mit den Bemerkungen die er über diesen Punkt in erster Instanz gemacht hat, die Einrede der Teilung geltend machen wollte, wäre dieselbe unbegründet.

VI. Endlich ist es auch unzutreffend, wenn Beklagter die erhobene Klage für verfrüht hält. Klägerin ist zur Zeit geschädigt, weil sie den Teil des schwiegermütterlichen Nachlasses, der ihr zu Eigentum hätte zugewiesen werden müssen, nicht zu Eigentum besitzt, sondern nur die — nicht lebenslängliche — Nutznießung daran hat; letzterer Umstand mag bei Bemessung der Höhe des Schadens der Klägerin zu berücksichtigen sein, hebt aber die Thatsache nicht

auf, daß eine Schädigung der Klägerin vorliegt. Ebensowenig kann die Möglichkeit in Betracht kommen, daß Klägerin durch Beerbung ihrer Tochter deren ganzes Vermögen erhält; eine solche rein zufällige und nach dem normalen Lauf der Dinge nicht zu erwartende Eventualität des Ersatzes eines gegenwärtigen Schadens kann die Verpflichtung des Ersatzpflichtigen zur Ausgleichung des vorhandenen Vermögensnachteils nicht beseitigen.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Oktober 1895 in Sachen Frey gegen Schönlen.

Die Revision des Beklagten gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

14.

Klag-Zustellung an den von dem geisteskranken Kläger vor der Erkrankung bestellten Generalbevollmächtigten?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Bei der von Amtswegen gebotenen Prüfung der Frage nach der Prozeßfähigkeit des Beklagten J. R. hat sich ergeben, daß derselbe schon bei Beginn des Prozesses und während der ganzen Dauer des Verfahrens prozeßunfähig war. (Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren.)

Hieraus folgt, daß die am 19. Dezember 1896 an den Beklagten selbst in der Heilanstalt vorgenommene Zustellung der Klage ungültig und rechtlich unwirksam war. Nach § 157 C.P.O. soll nun die Zustellung für nicht prozeßfähige Personen an deren gesetzliche Vertreter erfolgen. Im vorliegenden Fall ist dies nicht geschehen und konnte auch nicht geschehen, da ein gesetzlicher Vertreter (Pfleger) für den Beklagten J. R. nicht aufgestellt worden ist. Nach § 159 C.P.O. kann sodann die Zustellung mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst auch an deren Generalbevollmächtigten geschehen, und es ist denn auch wirklich im vorliegenden Fall die Zustellung der Klage an den Kanzleiassistenten F., auf welchen die dem Oekonomen G. erteilte Generalvollmacht des Be-

klagten übertragen worden war, bewirkt worden. Allein auch dieser Zustellungsakt war wiederum wirkungslos, da zur Zeit der Zustellung die Generalvollmacht mit allen darin inbegriffenen Einzelbefugnissen infolge der eingetretenen Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers erloschen war. Auch die von dem Vorrichter angezogene Bestimmung des § 82 C.P.O., wonach die Prozeßvollmacht durch eine Veränderung in der Prozeßfähigkeit des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, da diese Bestimmung nur für den — hier nicht zutreffenden — Fall der eigentlichen, auf Vertretung in einem konkreten einzelnen Rechtsstreit gerichteten Prozeßvollmacht gilt.

Die Klage ist sonach, soweit sie gegen den Beklagten J. R. gerichtet ist, nicht rechtshängig geworden; und dieser Mangel einer wesentlichen Prozeßvoraussetzung, welcher auch in dem nachfolgenden Verfahren nicht geheilt worden ist, und, da der Beklagte in diesem Verfahren nicht ordnungsmäßig vertreten war, auch nicht geheilt werden konnte, muß in erster Linie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit dieses den genannten Beklagten betrifft, und weiterhin zur Abweisung der gegen ihn erhobenen Klage ab instantia führen.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Juli 1897 in Sachen Teufel gegen Roth.

15.

Zulässigkeit des Rechtswegs für eine Klage, die sich auf einen Vergleich stützt, der ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältnis regelt?

Die K. Württ. Staatsfinanzverwaltung hat gegen die Stadtgemeinde Rottenburg Klage erhoben auf Bezahlung eines jährlichen Beitrags von 1800 Mark zur Unterhaltung der in dieser Gemeinde bestehenden, freiwillig errichteten, evang. Volksschule (Volksschulgesetz vom 29. September 1836

Art. 14). Sie gründet diesen Anspruch darauf, daß bei einer Verhandlung vom 25. April 1893 zwischen den Vertretern des Fiskus, nämlich der evangelischen Oberschulbehörde und der Domänendirektion, von welchen Behörden bisher die Kosten der in Rottenburg bestehenden evangelischen Schule aus Gründen der Staatsfürsorge in widerruflicher Weise bestritten worden waren, und den Vertretern der Stadtgemeinde eine Uebereinkunft über die Erfüllung der der letzteren nach Art. 13 des Volksschulgesetzes obliegenden Verbindlichkeit, beim Zutreffen der Voraussetzungen dieses Artikels eine evangelische Volksschule auf eigene Kosten zu errichten und zu unterhalten, vorläufig auf die Dauer von 15 Jahren dahin getroffen worden ist, daß die Stadtgemeinde zu den Kosten der Unterhaltung der bestehenden Schule einen jährlichen Beitrag von 1800 Mark an das Kameralamt Rottenburg zu entrichten sich verbindlich machte, die genannten Staatsbehörden dagegen diese Schnle wie bisher zu unterhalten hatten.

Die Klage ist wegen Unzuläßigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Nach dem bestehenden öffentlichen Rechte (Volksschul-Gesetz Art. 11 ff. 18) gehört zu den Aufgaben der Gemeinden die Errichtung und Erhaltung der im Gesetze vorgeschriebenen Volksschulen, insbesondere beim Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 13 dieses Gesetzes der dort vorgesehenen Volksschulen der Konfession der Minderzahl. Die Verbindlichkeit der Gemeinden zur Errichtung und Unterhaltung dieser Schulen ist daher öffentlich rechtlicher Natur. Die Gemeinden zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit anzuhalten, ist Obliegenheit der Oberschulbehörde, welche nach Art. 10 des Volksschulgesetzes beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen die Errichtung neuer Volksschulen anzuordnen, und soweit es sich von einem auf dem freien Willen der Beteiligten beruhenden Antrage handelt, zu genehmigen hat. Insbesondere hatte dieselbe der Beklagten

gegenüber im Falle des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 13 des Volksschulgesetzes die Aufgabe und Befugnis, die letztere zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit, eine eigene Volksschule evangelischer Konfession aus örtlichen Mitteln zu errichten und zu unterhalten, anzuhalten.

Klägerin will zwar daraus, daß in Art. 13 des Volksschulgesetzes den beteiligten Familien-Vätern der Konfession der Minderzahl das (erforderlichen Falls im Verwaltungs r e ch t s-wege zu verwirklichende) Recht, die Errichtung und Unterhaltung einer eigenen Volksschule ihrer Konfession aus örtlichen Mitteln der Gemeinde zu beanspruchen, eingeräumt ist, ableiten, daß die Oberschulbehörde auch beim Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 13 einen Anspruch auf die Errichtung einer solchen Konfessionsschule nicht gehabt hat, allein es wird durch die ausdrückliche, in Art. 13 ausgesprochene Einräumung dieses Rechts an die beteiligten Familienväter nicht ausgeschlossen, daß auf Grund der der Oberschulbehörde nach Art. 10 des Volksschulgesetzes zustehenden Befugnis, die Errichtung neuer Volksschulen in den im Gesetze vorgesehenen Fällen anzuordnen, die Oberschulbehörde die amtliche Aufgabe hat, mit den ihr als Verwaltungsbehörde zustehenden Mitteln die Gemeinde zu Errichtung einer Konfessionsschule der Minderheit aus örtlichen Mitteln anzuhalten, wenn die gesetzlichen Erfordernisse vorliegen, und daß demgemäß auch die Beklagte unter der gleichen Voraussetzung auf Verlangen der Oberschulbehörde zu dieser Errichtung und Unterhaltung öffentlich-rechtlich verpflichtet ist.

Die Oberschulbehörde ist ihrer ebenbezeichneten Aufgabe entsprechend mit den Vertretern der Beklagten wegen Uebernahme der Unterhaltung der in Rottenburg bestehenden evangelischen Konfessionsschule in Unterhandlung getreten, und hat, da seitens der letzteren das Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 13 des Volksschulgesetzes beanstandet wurde, in Gemeinschaft mit der Domänendirektion eine Uebereinkunft, welche von der Klägerin selbst als Ver-

gleich aufgefaßt wird, mit der Beklagten dahin getroffen, daß diese die ihr angesonnene Verbindlichkeit zur Unterhaltung der evangelischen Volksschule mit Beschränkung auf die Leistung eines jährlichen Beitrags von 1800 Mark (d. h. 3/4 des Gesamtaufwands) zunächst auf 15 Jahre anerkannte, die staatlichen Verwaltungsbehörden dagegen für diesen Zeitraum die Bestreitung des weiteren Aufwands der Unterhaltung der bereits bestehenden freiwilligen Konfessionsschule aus Staatsmitteln zusagten. Nach diesem Zwecke und Inhalte des abgeschlossenen Vergleichs hat durch denselben die dem öffentlichen Rechte angehörige, auch der Oberschulbehörde gegenüber bestehende Verpflichtung der Beklagten, beim Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 13 des Volksschulgesetzes eine evangelische Konfessionsschule auf eigene Kosten zu unterhalten, ihre Regelung in der Weise gefunden, daß dieselbe auf die Verpflichtung zur Beitragsleistung zu den Kosten der bereits bestehenden, aus der Staatskasse wie bisher zu unterhaltenden, evangelischen Konfessionsschule beschränkt worden ist.

Wird ein dem öffentlichen Rechte angehöriges Rechtsverhältnis in dieser Weise durch Vergleich geregelt, so verliert dasselbe durch diese Regelung seine öffentlich rechtliche Natur nicht. Der Vertrag bildet vielmehr nur die Form, in welcher das öffentlich-rechtliche Verhältnis von der Aufsichtsbehörde normiert wird. Die den Gegenstand der Klage bildende Beitragsleistung besteht sonach, wie die Verpflichtung im Sinne des Art. 13 des Volksschulgesetzes, auf deren näherer Regelung die erstere beruht, in einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit.

Klägerin dagegen will in dem fraglichen Vergleich einen privatrechtlichen Titel finden, indem sie, wie schon bemerkt, davon ausgeht, die Oberschulbehörde oder der Staat habe vor Abschluß des Vergleichs einen Anspruch an die Beklagte, die Errichtung und Unterhaltung einer evangelischen Konfessionsschule aus örtlichen Mitteln anzusprechen nicht gehabt, und folgert hieraus, die Oberschulbehörde und der Staat

habe das Recht auf die Leistung der von der Beklagten im Vergleiche übernommenen Beiträge erst durch diesen Vergleich erworben, der Anspruch auf Beitragsleistung sei daher als lediglich auf diesem Vergleiche beruhend privatrechtlicher Natur. Allein es ist, wie schon oben gezeigt, nicht richtig, daß die Oberschulbehörde nicht befugt gewesen sei, beim Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 13 des Volksschulgesetzes von der Beklagten die Errichtung und Unterhaltung einer evangelischen Konfessionsschule aus örtlichen Mitteln zu verlangen, es steht im Gegenteile derselben auf Grund ihrer in Artikel 10 des Volksschulgesetzes begründeten Kompetenz eine solche Befugnis unter den angeführten Voraussetzungen zu, und ist demgemäß auch die Beklagte in diesem Falle ihr gegenüber zu dieser Unterhaltung verpflichtet. Es folgt daher hieraus die Unrichtigkeit des von der Klägerin aus dem vermeintlichen Mangel der bezeichneten Berechtigung gezogenen Schlusses, daß durch diesen Vergleich eine neue, von der in der öffentlich rechtlichen Bestimmung des Art. 13 des Volksschulgesetzes normierten unabhängige Verpflichtung begründet worden sei. Da vielmehr nach dem Ausgeführten durch fraglichen Vergleich lediglich die in der öffentlich rechtlichen Aufgabe der Beklagten liegende Verbindlichkeit derselben zur Unterhaltung einer evangelischen Volksschule in Rottenburg zwischen der Oberschulbehörde und der Beklagten näher geregelt worden ist, so beruht die von der letzteren übernommene Beitragsleistung auf dieser durch den Vergleich geregelten öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit, stellt sich aber nicht als eine von der letzteren unabhängige, selbständige Verbindlichkeit dar. Kann hienach nicht die Rede davon sein, daß die Beklagte durch den fraglichen Vergleich die Verbindlichkeit zur Beitragsleistung der Oberschulbehörde oder dem Staate gegenüber ohne Vorliegen eines öffentlich rechtlichen Verpflichtungsgrundes übernommen hat, so konnte auch durch diesen Vergleich ein privatrechtlicher Titel für den eingeklagten Anspruch auf Beitragsleistung nicht geschaffen werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 1. Mai 1896 in Sachen Staatsfinanzverwaltung gegen Stadtgemeinde Rottenburg.

16.

Voraussetzungen der Exekutionsinterventionsklage.

Beklagter hat wegen einer ihm gegen F. B. zustehenden Forderung eine Anzahl Schafe auf der Weide des B. pfänden lassen. Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, Beklagter sei schuldig, in die Einstellung der Zwangsvollstreckung betreffs der gepfändeten Schafe, soweit sie noch vorhanden seien, zu willigen. Kläger hat behauptet, die Schafe seien sein Eigentum. Die Civilkammer hat die Klage abgewiesen, weil einmal die wesentliche Voraussetzung der Klage aus § 690 der C.P.O., die Entstehung eines wirksamen Pfändungspfandrechts für den Gläubiger, nicht dargethan, sodann der Gegenstand des erhobenen Anspruchs nicht bestimmt genug bezeichnet sei, sofern die erforderliche Individualisierung der fraglichen Schafe zu vermissen sei. Im Berufungsverfahren ist nach der Klage erkannt worden.

Aus den Gründen:

Von den beiden Gründen, aus welchen der Unterrichter die Klage abwies, beruht derjenige, welcher dem Erfordernis der bestimmten Angabe des Gegenstands des erhobenen Anspruchs (§ 230 Abs. 2 nr. 2 der C.P.O.) entnommen ist, auf einer Verkennung des Wesens der sog. Exekutionsinterventionsklage. Dieselbe bezweckt nicht die Realisierung des dem Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung zu Grunde liegenden Rechts, sondern nur den richterlichen Ausspruch, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei[1]; sie ist demgemäß nicht auf eine Leistung des Beklagten gerichtet und der Klageantrag, daß die Pfändungen vom 24. und 27. Juli 1896 als unzulässig aufzuheben seien, entbehrt daher nicht der erforderlichen Bestimmtheit.

1) S. Gaupp's Kommentar zur C.P.O. § 690 Z. I a. E. u. Z. VI.

Der andere Entscheidungsgrund des Unterrichters, daß die Klage aus § 690 der C.P.O. die Entstehung eines wirksamen Pfändungspfandrechts für den Gläubiger voraussetze, kann sodann ebenfalls nicht gebilligt werden. Jener §, der allerdings auch bei Vollziehung von Arresten Platz greift, setzt vielmehr nur voraus, daß die Zwangsvollstreckung bezw. nach § 810 der C.P.O. die Pfändung begonnen habe, was nach den Zwangsvollstreckungsprotokollen der Gerichtsvollzieher Sch. und B. unzweifelhaft der Fall war. Es ist nicht abzusehen, weshalb derjenige, welcher gegen einen in der Form des Rechts d. h. rechtsgehöriger Pfändung sich vollziehenden Eingriff in seine Rechtssphäre zum Widerspruch nach § 690 befugt ist, hierzu dann nicht berechtigt sein sollte, wenn der Eingriff zugleich unter Verletzung vorgeschriebener Formen erfolgt. Der Umstand daß in letzterem Falle andere Rechtsbehelfe z. B. die Spolienklage zu Gebote stehen können, schließt den kaum bezeichneten Widerspruch nicht aus. Dies ist für den Fall anerkannt, wenn eine im Gewahrsam eines Dritten befindliche Sache gepfändet wird, ohne daß derselbe zu deren Herausgabe bereit ist[1]; dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn die Pfändung wegen Nichterfüllung der vorgeschriebenen Form der Rechtswirksamkeit entbehrt.

Urteil des II. Civilsenats vom 7. Oktober 1897 in Sachen Vogel gegen Gölz.

17.

1. Wann ist die Zwangsvollstreckung in Forderungen beendigt?

2. Kommissionsgeschäft.

Der Mechaniker O. H. in Untertürkheim betreibt daselbst ein kaufmännisches Geschäft in Haushaltungsgegenständen. Am 17. Juli 1894 hat er mit der Gemeinde Unter-

1) S. Gaupp a. a. O. not. 13 a. E. und § 713 Z. II Abs. 2. Struckmann-Koch § 690 nr. 3 Abs. 2 und § 713 nr. 2 und Jahrb. der Württ. Rechtspflege B. 2 S. 330.

türkheim einen (schriftlichen) Vertrag abgeschlossen, laut dessen er ihr für ihre neuerrichtete Mädchen-Fortbildungsschule sieben Nähmaschinen zur Verfügung stellte mit der Maßgabe, daß für jede Maschine und jedes Schuljahr 15 Mark Mietzins zu bezahlen waren und zwar am 1. April 1895, falls bis dahin die Gemeinde die Maschinen nicht käuflich übernehmen sollte, daß aber die Gemeinde die Maschinen um 700 Mark zahlbar am 31. März 1895, käuflich sollte erwerben können und diesfalls keinen Mietzins, sondern $4^1/_2$% Zinsen aus dem Kaufpreis seit 1. November 1894 zu bezahlen haben sollte.

Wegen Lieferung der Maschinen ist H. mit der Klägerin in Unterhandlungen getreten, die zur Ausstellung einer „Göppingen den 20. Oktober 1894" datierten Urkunde folgenden Inhalts geführt haben: „Der Unterzeichnete beurkundet hiemit der Firma J. H. in Göppingen die heute erfolgte nur kommissionsweise Uebertragung von 7 Stück Pfaff-E-Ringschiffmaschinen und verpflichtet sich, jedwede Zahlung unter Abzug seiner Provision der obigen Firma sofort abzuliefern. Kraft der Unterschrift: O. H.

Am 30. Oktober hat laut eines die Klägerin als Absenderin bezeichnenden Frachtbriefs Klägerin die 7 Nähmaschinen der Gemeindepflege Untertürkheim unmittelbar zugesandt, die dieselben in der Folge — vor 1. April 1895 — gekauft hat.

Beklagte hat auf Grund eines vollstreckbaren Versäumnisurteils, das den H. zur Bezahlung von 702 Mark an Beklagte verpflichtet, am 24. Dezember 1894 einen Beschluß des A.G. Cannstatt erwirkt, wodurch die dem H. gegen die Gemeindepflege Untertürkheim angeblich zustehende Forderung aus Kauf von Nähmaschinen wegen jener Forderung der Beklagten an H. in Höhe von 788 Mark 17 Pfennig gepfändet und der Beklagten zur Einziehung überwiesen worden ist. Desgleichen hat sie einen Beschluß desselben Gerichts vom 27. Februar 1895 erwirkt, wodurch in gleicher Weise die dem H. gegen die Gemeindepflege Untertürkheim angeblich zustehende Forderung aus Miete von Nähmaschinen

in Höhe von 803 Mark 65 Pfennig gepfändet und der Beklagten zur Einziehung überwiesen worden ist. Diese Beschlüsse sind dem H. und der Gemeindepflege Untertürkheim zugestellt worden. Eine Auszahlung der gepfändeten Geldsumme an die Beklagte hat nicht stattgefunden. Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag: festzustellen, daß der Beklagten aus den erwähnten beiden Pfändungen kein Recht auf Einziehung der gepfändeten Beträge gegen die Gemeindepflege Untertürkheim zustehe; im Berufungsverfahren hat sie in zweiter Linie zu erkennen beantragt, Beklagte sei schuldig, die gepfändeten und ihr zur Einziehung überwiesenen angeblichen Forderungen des H. aus Kauf bezw. Miete von 7 Nähmaschinen aus der Pfändung freizugeben.

In zweiter Instanz wurde nach dem in erster Linie gestellten Klagantrag erkannt aus folgenden

Gründen:

Der Ansicht des vorigen Richters, Klägerin vermöge die Freigabe der gepfändeten Forderungen im Wege der Klage aus § 690 C.P.O. durchzusetzen, konnte man nicht beitreten.

Daß der § 690 C.P.O. auch Anwendung findet, wenn eine Forderung den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildet und daß unter einem „die Veräußerung hindernden Recht" jedes Recht zu verstehen ist, das der Zwangsvollstreckung entgegensteht, ist in Praxis und Theorie anerkannt. Ebenso besteht andererseits kein Zweifel darüber, daß die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. als Klage auf Einstellung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung nur zulässig ist, solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendigt ist. Wenn aber die Civilkammer ausführt: durch Ueberweisnng zur Einziehung scheide eine Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners aus, erst durch deren Einziehung werde der Gläubiger befriedigt, somit sei bis zum Zeitpunkt der Einziehung die Zwangsvollstreckung nicht beendigt, so ist aus richtigen Vordersätzen ein unrichtiger Schluß gezogen.

Ein Zwangsvollstreckungsverfahren ist beendigt, wenn die durch den Antrag des Gläubigers veranlaßten Vollstreck-

ungshandlungen der staatlichen Vollstreckungsorgane abgeschlossen sind. Demgemäß endet eine Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen erst mit Ausfolge des Versteigerungs-Erlöses seitens des Gerichtsvollziehers an den Gläubiger. Aber bei einer Zwangsvollstreckung in Forderungen ist mit der Ueberweisung der gepfändeten Forderungen an den Gläubiger zur Einziehung (oder an Zahlungsstatt) die Thätigkeit der Vollstreckungsorgane beendigt; die Einziehung der Forderung geschieht nicht notwendig unter ihrer Beihilfe und soweit etwa hiebei ihre Mitwirkung in Anspruch genommen wird, liegt eine Zwangsvollstreckung gegen den Drittschuldner, nicht gegen den Schuldner, vor, also ein anderes Zwangsvollstreckungsverfahren.

Allerdings ist es möglich, daß trotz Ueberweisung von Forderungen zur Einziehung der Gläubiger keine (volle) Befriedigung erlangt und deshalb die Vollstreckungsorgane aufs Neue in Thätigkeit treten müssen. Das setzt aber einen neuen Antrag des Gläubigers voraus, der entweder dem Vollstreckungsgericht andere Forderungen oder sonstige Vermögensrecht des Schuldners zum Zweck der Pfändung bezeichnen oder Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher herbeiführen muß. Die durch einen solchen neuen Antrag des Gläubigers veranlaßte Zwangsvollstreckung ist aber eine neue Zwangsvollstreckung, ein neues Verfahren. Eine Zwangsvollstreckung d. h. ein bestimmtes Zwangsvollstreckungsverfahren endet keineswegs allgemein erst mit der Befriedigung des Gläubigers: das würde zu der unannehmbaren Konsequenz führen, daß eine Zwangsvollstreckung in Forderungen viele Jahre fortdauerte, falls die Einziehung einer überwiesenen Forderung erst nach vielen Jahren gelingt, ja daß sie nie enden würde, soweit der Gläubiger zu keiner Befriedigung zu gelangen vermag.

Eine Zwangsvollstreckung endet vielmehr mit Erledigung des vom Gläubiger gestellten Antrags seitens der Vollstreckungsorgane, einerlei ob sie zur (vollständigen) Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder nicht.

Die auf Antrag der Beklagten gegen H. eingeleitete Zwangsvollstreckung war also mit der Pfändung und Ueberweisung der angeblichen Forderungen H.'s aus Kauf bezw. Miete beendigt und somit von da an die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. gegen Beklagte nicht mehr möglich.

Uebrigens mag bemerkt werden, daß auch von dem abweichenden Standpunkt des vorigen Richters aus dennoch die erhobene Feststellungsklage nicht für unzulässig zu erachten wäre, denn die Klage aus § 690 C.P.O. steht ihr nicht als eine Leistungsklage gegenüber, vielmehr ist Inhalt, Zweck und Erfolg beider Klagen wesentlich derselbe, sie stehen in keinem Gegensatz, sondern stellen zwei in gleicher Weise mögliche Wege zur Erreichung desselben Ziels dar. Auch der Uebergang von der einen zur andern Klage wäre noch in der Berufungsinstanz gemäß § 240 Ziff. 2. C.P.O. statthaft.

In der Sache selbst steht zunächst fest, daß Klägerin am 30. Oktober 1894 dem H. 7 Stück Pfaff-E-Ringschiff-(Näh-)Maschinen „nur kommissionsweise übertragen" und H. sich verpflichtet hat, „jedwede Zahlung unter Abzug seiner Provision" der Klägerin „sofort abzuliefern." Das ist durch die von H. unterzeichnete Urkunde von dem genannten Tag erwiesen, die als ächt anerkannt ist und demgemäß vollen Beweis dafür erbringt, daß die darin enthaltene Erklärung von H. abgegeben worden ist. Daß diese der Klägerin gegenüber abgegebene Erklärung H's. den wirklichen Willen des H. oder der Klägerin nicht entsprochen habe, ist nicht behauptet; sie beweist daher, daß zwischen H. und der Klägerin am genannten Tag ein Vertrag abgeschlossen worden ist, durch den die Klägerin die sieben Nähmaschinen, die sie am gleichen Tag als Absenderin an die Gemeinde Untertürkheim abgehen ließ, dem H. „nur kommissionsweise" übertragen hat. Angesichts der ganzen Sachlage, insbesondere der Thatsache, daß Klägerin die Nähmaschinen an die „Frauenarbeitsschule Untertürkheim" gesandt, also die Bestimmung der Maschinen gekannt hat, ist unbedenklich davon auszu-

gehen, daß Klägerin am 30. Oktober 1894 den zwischen H. und der Gemeinde Untertürkheim am 17. Juli 1894 abgeschlossenen Vertrag gekannt und die „kommissionsweise Uebertragung“ der Nähmaschinen an H. in dem Sinn vereinbart hat, daß der Vertrag vom 17. Juli 1894 als von H. für Rechnung der Klägerin geschlossen gelten sollte. Dieser Vertrag hat daher im Verhältnis zwischen H. und der Klägerin als Kommissionsgeschäft zu gelten, denn es kann auch hinterher giltig vereinbart werden, daß ein abgeschlossenes Geschäft für Rechnung eines Andern gelten soll, das hat dieselbe Wirkung, wie ein von vornherein kommissionsweise abgeschlossenes Geschäft. Ob dann nachher die Vereinbarung, wonach die Gemeinde Untertürkheim die Nähmaschinen käuflich übernommen hat, unmittelbar zwischen Klägerin und der Gemeinde oder zwischen H. und der Gemeinde abgeschlossen worden ist, kann dahin gestellt bleiben: denn im letzteren Fall müßte in Ermangelung von Anhaltspunkten für das Gegenteil angenommen werden, daß H. in Verfolg des Kommissionsvertrags vom 30. Oktober 1894 zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung der Klägerin gehandelt hat, wenn er dies auch der Gemeinde gegenüber nicht kundgegeben hat, für die das Verhältnis zwischen H. und der Klägerin ohne Interesse war: H. war der Klägerin gegenüber verpflichet, den Verkauf der Nähmaschinen für Rechnung der Klägerin abzuschließen und nichts läßt darauf schließen, daß er dieser Verpflichtung zuwider gehandelt hat. (Die Anwendung des Art. 376 H.G.B. kommt nicht in Frage.)

Hienach ergiebt sich folgende Sachlage:

Die Mietzinsforderung H.'s aus dem Vertrag vom 27. Juli 1894 war (resolutiv) bedingt durch das Nicht-Zustandekommen des in Betreff der Nähmaschinen vorgesehenen Kaufvertrags, sie ist also mit Abschluß dieses Kaufvertrags weggefallen. Dieser Kauf war schon am 17. Juli 1894 in der Weise bedingt abgeschlossen, daß H. verpflichtet war, der Gemeinde Untertürkheim die Nähmaschinen um 700 Mark käuflich zu überlassen, falls sie bis Frühjahr 1895

sich zum Kauf entschloß. Ein in dieser Weise bedingt abgeschlossener Kauf ist rechtlich giltig (§ 4 Inst. 3, 23); die Forderung gegen den vertragschließenden Teil, von dessen Belieben der endgiltige Abschluß des Kaufs abhängt, erscheint daher als eine bedingte Forderung des andern Teils, die der Pfändung unterliegt. Die Pfändung der Kaufpreisforderung H.'s war daher am 24. Dezember 1894 möglich, auch wenn der endgiltige Abschluß des Kaufs über die Nähmaschinen erst später erfolgt ist.

Ob nun H. — wie Klägerin in erster Instanz behauptet hat — die Verstellung von Nähmaschinen gewerbsmäßig betreibt, kann dahingestellt bleiben; da er unbestrittenermaßen Kaufmann ist, finden die Bestimmungen von Buch 3 Titel 4 des H.G.B. auch dann auf ein einzelnes Handelsgeschäft H.'s, das er in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers abgeschlossen hat, Anwendung, wenn sein gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Kommissionsgeschäften besteht: Art. 378 H.G.B. Dies trifft nach dem Ausgeführten zu hinsichtlich des Vertrags vom 17. Juli 1894, der zufolge des Abkommens zwischen H. und der Klägerin vom 30. Oktober 1894 von letzterem Tag an als für Rechnung der Klägerin abgeschlossen galt, und ebenso hinsichtlich des endgiltigen Kaufs der Nähmaschinen durch die Gemeinde, falls sie diesen Kauf mit H. (und nicht mit der Klägerin selbst) abgeschlossen hat. Auf die aus den eben genannten Verträgen entspringenden Forderungen findet sonach Art. 368 H.G.B. Anwendung. Danach kann zwar Klägerin als Kommittent Forderungen aus diesen Verträgen der Gemeinde Untertürkheim gegenüber nur geltend machen, wenn H. sie ihr abgetreten hat, im Verhältnis zwischen ihr und H. als Kommissionär oder dessen Gläubigern aber, also auch der Beklagten gegenüber gelten diese Forderungen als solche der Klägerin, auch wenn sie ihr nicht abgetreten sind.

Hat aber die Kaufpreisforderung H.'s seit 30. Oktober 1894 der Beklagten gegenüber als Forderung der Klägerin zu gelten, so war Beklagte am 24. Dezember 1894 nicht

mehr berechtigt, als Gläubigerin H.'s diese Forderung zu ihren Gunsten pfänden zu lassen, vielmehr beantragt Klägerin mit Recht, festzustellen, daß der Beklagten aus dieser Pfändung und Ueberweisung kein Recht auf Einziehung der fraglichen Forderung zustehe; Klägerin konnte diese Klage auch als Feststellungsklage unmittelbar gegen die Beklagte erheben, sie braucht sich nicht auf einen Prozeß mit der Gemeinde Untertürkheim verweisen zu lassen; denn es handelt sich um einen Streit zwischen zwei Forderungsprätendenten und es ist allgemein anerkannt, daß ein solcher Streit durch Klage des einen Forderungsprätendenten gegen den andern zum Austrag gebracht werden kann.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Dezember 1898 in Sachen Heß gegen Neidlinger.

18.

Berechnung der Einlassungsfrist.

In einer Rechtssache, in der die Einlassungsfrist auf zwei Wochen abgekürzt und Termin zur mündlichen Verhandlung auf Donnerstag den 22. April anberaumt war, ist die Klage am Mittwoch den 7. April zugestellt worden. Der Antrag des Klägers auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist von der Civilkammer zurückgewiesen worden, weil die Einlassungsfrist nicht gewahrt sei.

Auf erhobene Beschwerde ist dieser Beschluß aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Zwischen der Zustellung der Klagschrift und dem Termin zur mündlichen Verhandlung muß" — nach § 234 C.P.O. — „ein Zeitraum von mindestens einem Monate liegen." Die Worte „einem Monate" sind bei Abkürzung der Einlassungsfrist auf zwei Wochen (nach § 204 C.P.O.) durch die Worte „zwei Wochen" zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall liegt zwischen der am Mittwoch den 7. April 1897 erfolgten Zustellung der Klagschrift und

dem Termin zur mündlichen Verhandlung von Donnerstag den 22. April in Wirklichkeit der „Zeitraum von zwei Wochen", nämlich die am Donnerstag den 8. April beginnende und am Mittwoch den 14. April schließende Woche und die am Donnerstag den 15. April beginnende und am Mittwoch den 21. April schließende Woche. Die Bestimmung des § 234 C.P.O. erscheint hienach als gewahrt[1]).

Der § 200 Abs. 1 C.P.O. gibt zwar über die Berechnung einer „Frist", welche nach Wochen u. s. w. bestimmt ist, besondere Anordnung, die, wenn sie hier anzuwenden wäre, zu dem von der Civilkammer des K. Landgerichts angenommenen Ergebnis führen würde, auch bezeichnet der § 234 C.P.O. den von ihm bestimmten „Zeitraum" als „Einlassungsfrist", aber der § 234 bestimmt nicht etwa: von der Zustellung ab müsse eine Frist von mindestens .... ablaufen, ehe der Termin u. s. w. stattfinden könne, und er lautet auch nicht einmal dahin: zwischen Zustellung und Termin müsse eine „Frist" von mindestens .... sondern dahin: es müsse „ein Zeitraum" von mindestens .... dazwischenliegen. Danach erfordert also der Wortlaut der beiden Bestimmungen eine Anwendung des § 200 Abs. 1 auf § 234 C.P.O. nicht. Sodann kann aber der § 200 Abs. 1 C.P.O. auf § 234 C.P.O. gar nicht (unmittelbar) angewendet werden. Der § 200 Abs. 1 C.P.O. rechnet den Tag, an welchem die Frist begonnen hat, nicht in den Zeitraum ein, vermittelst dessen Bezeichnung (z. B. „zwei Wochen") die Fristbestimmung ausgedrückt wird, vielmehr läßt der § 200 Abs. 1 noch außerhalb dieses Zeitraums den Rest des Tages, an welchem die Frist begonnen hat, für die betreffende Prozeßhandlung frei. Wenn z. B. die Frist von zwei Wochen für die sofortige Beschwerde durch Zustellung der betreffenden Entscheidung am 7. April 1897 begonnen hat, so endigt sie nach § 200 Abs. 1. C.P.O. mit

---

1) Zu vgl. Gaupp C.P.O. Vorbem. zu § 191 B. I letzter Abs., 3. Aufl., ebenso im Ergebnis: Wilmowski-Levy C.P.O. Note 1 zu § 234, 7. Aufl.

dem Ablauf des 21. April. Für die Prozeßhandlung, die Einlegung der Beschwerde, war also außer dem Rest des 7. April noch der Zeitraum von zwei Wochen freigeblieben. Die „Frist", die für die Prozeßhandlung geblieben war, ist also nicht gleich lang wie der Zeitraum, nach welchem die Frist bestimmt war, sondern um einen Tagesrest länger. Schon hieraus ergiebt sich, daß die Frist von zwei Wochen im Sinne des § 200 Abs. 1. nicht gleichzusetzen ist dem Zeitraum von (beispielsweise) zwei Wochen, nach welchen sie bestimmt ist. Würde man nun die „Einlassungsfrist" des § 234 C.P.O., den „Zeitraum von" (hier:) zwei Wochen, als Frist des § 200 Abs. 1 behandeln, so würde dieser Zeitraum beginnen an einem Tage, der noch außerhalb des Zeitraums von zwei Wochen fällt, nach denen die Frist bestimmt ist — der Beginn des Zeitraums von zwei Wochen fiele außerhalb des Zeitraums von zwei Wochen — ein unmittelbarer Widerspruch, auf den die Gleichstellung der Begriffe „Zeitraum" des § 234 und „Frist" des § 200 Abs. 1 führt. Dem hienach sich ergebenden Unterschied unter den von der Civilprozeßordnung sogenannten „Fristen" entspricht ein anerkannter sachlicher Unterschied zwischen den hier in Betracht kommenden „Einlassungsfristen", die mit andern gleichgestellten als „Zwischenfristen" bezeichnet werden, und den sonstigen Fristen z. B. den Rechtsmittelfristen [1]). Bei der „Einlassungsfrist", der „Ladungsfrist" und ähnlichen Fristen handelt es sich darum, daß innerhalb eines gewissen Zeitraums ein Prozeßereignis nicht eintreten soll (die mündliche Verhandlung) [2]). Bei andern

1) Zu vgl. Planck Civilprozeßrecht Bd. I S. 504 ff. —, der die Zwischenfristen nicht als wahre Fristen anerkennen will —, Gaupp Civilprozeßordnung 3. Aufl. Vorbemerkungen zu § 191 B. II letzter Abs. S. 417 und die in Note 26 daselbst Angeführten, auch die Gegner der dort vertretenen Ansicht, so Alexander-Katz in Busch's Zeitschrift f. Civilprozeß Bd. 7 S. 511 ff.

2) Zu vgl. auch Alexander-Katz a. a. O. „wie groß der Zeitraum zwischen zwei prozessualischen Ereignissen sein soll" — Zustellung und mündliche Verhandlung.

„Fristen" handelt es sich darum, daß innerhalb eines gewissen Zeitraums ein Prozeßereignis eintreten soll (Einlegung der sofortigen Beschwerde). Die letztere Art von „Fristen", die auch durch den gewöhnlichen sprachlichen Sinn des Wortes „Frist" getroffen ist, hat bei Gestaltung des § 200 Abs. 1 C.P.O. offenbar vorgeschwebt, bei diesen Fristen ist es von Wichtigkeit, gerade den Endzeitpunkt der Frist festzustellen, vor dessen Eintritt das Prozeßereignis eintreten soll. Für die andere Art von Fristen, die Einlassungsfristen u. s. w. paßt diese Gestaltung, wie ausgeführt, nicht. Damit wäre zwar nicht ausgeschlossen, daß in Ermanglung ausreichender besonderer Bestimmungen für die Einlassungsfristen der § 200 C.P.O. und andere sinngemäße mittelbare Anwendung finden könnten. Im vorliegenden Fall reicht aber die Bestimmung des § 234 C.P.O. aus. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß in diesem Fall § 200 Abs. 1 C.P.O. mit Unrecht angewendet, vielmehr § 234 C.P.O. gewahrt ist, also § 300 Ziff 2 C.P.O. nicht zutrifft und daher die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Versäumnisurteils aufzuheben ist.

Beschluß des I. Civilsenats vom 14. Mai 1897 in Sachen Kugler gegen Kieferle.

19.

1. Besteht ein Beschwerderecht gegen einen Beschluß, der den „Antrag" auf Zurückweisung eines Bevollmächtigten (§ 143 Abs. 2 C.P.O.) ablehnt?
2. Zur Frage der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde.

In einer Rechtssache hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht St. der Anwalt des Beklagten den „Antrag" gestellt, den Bevollmächtigten der Klägerin, den Rechtsagenten Sch., auf Grund des § 143 Abs. 2 C.P.O. zurückzuweisen und hat gegen den diesen Antrag ablehnenden Beschluß des Amtsgerichts Beschwerde bei der Civilkammer eingelegt,

wobei er die Beschwerde sowohl als eine solche im Sinne des § 530 C.P.O. wie als Dienstbeschwerde zu betrachten hat. Die Civilkammer hat eine Verfügung im Dienstaufsichtswege abgelehnt, dagegen die prozessuale Beschwerde für zulässig und begründet angesehen. Die gegen diesen Beschluß eingelegte weitere Beschwerde der Klägerin ist für zulässig und begründet erachtet worden aus folgenden

Gründen:

1. Mit Unrecht hat die Civilkammer die Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des Amtsgerichts für zulässig angesehen. Die Entscheidung darüber, ob ein Bevollmächtigter auf Grund des § 143 Abs. 2 C.P.O. zurückgewiesen werden soll, ist — wie die Civilkammer im Eingang der Gründe ihres Beschlusses selbst anerkennt — dem freien pflichtmäßigen Ermessen des Prozeßgerichts anheimgegeben, das im öffentlichen Interesse (nicht in dem des Prozeßgegners) zu prüfen hat, ob die Zurückweisung erfolgen soll oder nicht. Ein „Antrag" des Prozeßgegners auf Zurückweisung eines solchen Bevollmächtigten ist nicht erforderlich und hat keine andere Bedeutung als die, daß das Gericht aufgefordert wird, von seinem Ermessen in gewisser Richtung Gebrauch zu machen, eine Anordnung zu treffen, über deren Angemessenheit es sich ohne jede Anregung seitens einer Partei schlüssig zu machen hat. Es lag deshalb kein „Gesuch" im Sinne der C.P.O., insbesondere des § 530 C.P.O. vor: unter „Gesuchen" in diesem Sinn sind nur Anträge zu verstehen, die erforderlich sind, um eine Entscheidung des Gerichts in einer gewissen Richtung herbeizuführen, nicht bloße Anregungen, das Gericht solle von einer ihm von Amtswegen zustehenden Befugnis Gebrauch machen, der Beschluß des Amtsgerichts hat daher kein „das Verfahren betreffendes Gesuch" zurückgewiesen, die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen diesen Beschluß kann deshalb nicht auf § 530 C.P.O. gestützt werden, der § 143 C.P.O. selbst aber enthält keine Bestimmung dahin, daß eine Beschwerde zulässig sei gegen einen Beschluß, der eine Zurückweisung eines

Bevollmächtigten ablehne; eine ausdrückliche Bestimmung dahin, daß ein solcher Beschluß unanfechtbar sei, war überflüssig, weil es sich von selbst versteht, daß die dem freien Ermessen des Gerichts überlassene Entschließung, von einer Befugnis keinen Gebrauch zu machen, der Beschwerde nicht unterliegt. Aehnlich läge die Sache z. B., wenn ein Gericht den „Antrag" einer Partei, gegen die andere Partei eine Ordnungsstrafe zu verfügen, ablehnen würde.

2. Der weiteren Beschwerde gegen den Beschluß der Civilkammer steht der Absatz 3 des § 143 C.P.O. nicht entgegen, wonach eine Anfechtung der Anordnung nicht stattfindet, wodurch ein Bevollmächtigter zurückgewiesen wird: denn hier wird ein in zulässiger Weise, vom Prozeßgericht gefaßter Beschluß dieses Inhalts vorausgesetzt. Gegen eine in unzulässiger Weise in der Beschwerdeinstanz vom Beschwerdegericht angeordnete Zurückweisung muß dagegen dem hiedurch Beschwerten der Natur der Sache nach eine Beschwerde zustehen, sofern eine solche nach den allgemeinen Grundsätzen der C.P.O. überhaupt denkbar ist. Das Reichsgericht hat [1]) anerkannt, daß die gesetzlichen Vorschriften, durch welche gewisse Entscheidungen für unanfechtbar erklärt werden, auf verschiedenen Gründen beruhen, die im einzelnen Fall die Zulassung einer weiteren Beschwerde rechtfertigen können, obgleich die Beschwerde unstatthaft wäre, wenn der Beschluß in erster Instanz ergangen wäre. Ein Fall dieser Art ist der vorliegende, wo es sich um die Beseitigung eines ungesetzlichen Beschlusses handelt. Daß in dem Beschluß der Civilkammer für den zurückgewiesenen Bevollmächtigten der Klägerin und die hiedurch mitbetroffene Klägerin selbst ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, steht außer Zweifel. Wenn sodann auch die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde im allgemeinen und abgesehen von den in der C.P.O. besonders hervorgehobenen Fällen von der ferneren Voraussetzung abhängig sein mag, daß der ange-

1) Bd. 35 Nr. 116.

fochtene Beschluß nicht einem das Verfahren betreffenden Gesuch stattgegeben hat, so kommt dies doch im gegenwärtigen Fall nicht in Betracht, weil es sich hier, wie gezeigt, in Wirklichkeit um ein „Gesuch" im Sinne des § 530 C.P.O. gar nicht gehandelt hat und weil ferner jene Voraussetzung richtiger Auffassung nach nur auf einen in gesetzlicher Weise gefaßten, nicht aber auf einen gesetzlich unzulässigen Beschluß, wie den in Frage stehenden, anwendbar sein kann.

Beschluß des I. Civilsenats vom 25. Mai 1897 in Sachen Jebenhausen gegen Ostertag.

Die weitere Beschwerde ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden: vergl. Seufferts Archiv Bd. 53 Nr. 52.

20.

Rechtsstellung des Pflegers nach beendeter Pflegschaft gegenüber einem angeblichen Cessionar des Pfleglings?

Das Vermögen des ungehorsam in Amerika abwesenden A. W. war von 1873—1896 zufolge kriegsgerichtlichen Urteils unbeschadet der Rechte Dritter (auf Grund der Bestimmungen der Art. 174 ff. der württ. St.P.O. von 1843) mit Beschlag belegt. Nunmehr hat nach Aufhebung der Beschlagnahme M. L. die Ausfolge des pflegschaftlich verwalteten Vermögens an ihn beantragt auf Grund der Behauptung, A. W. habe ihm dasselbe abgetreten. Der Generalbevollmächtigte des (angeblich verstorbenen) A. W. hat diesem Antrag widersprochen, den der Gemeinderat C. hierauf abgelehnt hat. Die Beschwerde des M. L. ist in allen Instanzen zurückgewiesen worden, vom Oberlandesgericht aus folgenden

Gründen:

Wenn A. W. dem L. den Betrag von 4000 Mark von

seinem pflegschaftlich verwalteten Vermögen bezw. dieses ganze Vermögen abgetreten hat, so läßt sich das dahin verstehen, daß er ihm seinen durch Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme bedingten Anspruch gegen den Pfleger auf Ausfolge dieses Vermögens in Höhe von 4000 Mark bezw. in seinem vollen Umfang abgetreten hat. Der Beschwerdeführer L. wäre diesfalls nunmehr an sich berechtigt, vom Pfleger die Ausfolge des Vermögens des W. als dessen Rechtsnachfolger (Cessionar) zu fordern und bei Verweigerung der Ausfolge gegen den Pfleger in gleicher Weise klagend vorzugehen, wie der Cessionar einer sonstigen Forderung gegen den abgetretenen Schuldner klagend vorgehen kann, wenn dieser sich weigert, ihm die abgetretene Forderung zu bezahlen. Der Pfleger hat daher im vorliegenden Fall die Giltigkeit und Rechtswirksamkeit der behaupteten Abtretung auf seine Gefahr zu prüfen, und ebendeshalb fehlt für die vorgesetzte Dienstaufsichtsbehörde (wenn nicht die Berechtigung, so doch) nach Lage der Sache jeder Anlaß, dem Pfleger die (unbedingte oder bedingte) Anweisung zur Ausfolge des Vermögens an den Beschwerdeführer zu erteilen, da der Pfleger hiedurch der Gefahr ausgesetzt würde, den an L. bezahlten Betrag nochmals an A. W. oder dessen Erben bezahlen zu müssen, wenn sich nachträglich ergeben würde, daß L. in Wirklichkeit keinen Anspruch auf das ihm ausgefolgte Vermögen gehabt hat.

Bei dieser Sachlage erscheint der Beschwerdeführer nicht beschwert durch den Beschluß des Amtsgerichts C., dessen Abänderung die Civilkammer St. abgelehnt hat, sofern durch diesen Beschluß eine Anweisung an den Pfleger (bezw. die Vormundschaftsbehörde) zur Ausfolge des Vermögens an den Beschwerdeführer verweigert worden ist, während andererseits dieser Beschluß selbstverständlich ein dem Beschwerdeführer etwa zustehendes Recht, gegen den Pfleger auf Ausfolge des Vermögens zu klagen, nicht beseitigen konnte und wollte.

Beschluß des I. Civilsenats vom 30. April 1897 in der Beschwerdesache des M. Löffert.

(In einem Erlaß an den Gemeinderat C. wurde gleich-

zeitig bemerkt: es werde sich empfehlen, den Pfleger darauf aufmerksam zu machen, daß ihm unter Umständen das Recht zustehen werde, das pflegschaftlich verwaltete Vermögen für denjenigen, der es zu beanspruchen hat, gerichtlich zu hinterlegen, falls nämlich begründete Zweifel darüber bestehen, wer in Wirklichkeit in Betreff dieses Vermögens der Anspruchsberechtigte ist.)

21.

Ist die Ehe verboten zwischen einem wegen grober Verletzung der ehelichen Treue Geschiedenen und seinem Mitschuldigen?

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen

der die Frage verneinenden Entscheidung: Durch das rechtskräftig gewordene Urteil der Civilkammer II des Landgerichts Stuttgart vom 5. Juni 1896 ist die Ehe des Fl. mit Katharine geb. Sch. wegen „grober Verletzung der ehelichen Treue seitens des Ehemanns" dem Bande nach geschieden worden. Nach den Urteilsgründen fiel dem geschiedenen Ehemann zur Last, daß er nach vorausgegangener Trennung der Ehegatten und beiderseitigem Bruch der Ehe bezw. Verletzung der ehelichen Treue, welche zur Abweisung einer früheren Klage und Widerklage aus dem Gesichtspunkt der Kompensation geführt hatte, ein Zusammenwohnen mit der ledigen (die Verpflegung seines ehelichen Kindes besorgenden) Katharine L., das ihn dem dringenden Verdacht des Ehebruchs aussetzte, fortgesetzt hat. Die durch das Vorhaben des Beschwerdeführers, eine neue Ehe mit der 2c. L. einzugehen, hervorgerufene Frage, ob dieser Eheschließung das Hindernis des Ehebruchs nach § 33 Ziff. 5 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 entgegenstehe, ist von dem seitens des Standesamts um Rechtsbelehrung angegangenen Amtsgerichts Stuttgart Stadt bejaht und die hiegegen erhobene

Beschwerde von der Civilkammer II des Landgerichts als unbegründet zurückgewiesen worden. Der von den Vorinstanzen eingenommene Standpunkt kann jedoch nicht festgehalten werden.

Die in der Praxis des protestantischen Eherechts in Uebung gekommene Anwendung der Scheidungsgrundsätze auf den Fall eines den Verdacht des Ehebruchs begründenden sittlich verwerflichen Verkehrs mit einer Person des andern Geschlechts geht, indem sie dem Thatbestand des Ehebruchs im Sinn des gemeinen Rechts, d. h. der den Bruch der ehelichen Treue bethätigenden Geschlechtsvereinigung mit einer fremden Person, ein allgemeines ehewidriges Verhalten der bezeichneten Art als gleichwertig zur Seite stellt, über die Grenzen der bloßen Gesetzesauslegung hinaus und stellt neben dem erwähnten Thatbestand des Ehebruchs den erweiterten Begriff einer groben Verletzung der ehelichen Treue auf, dessen selbständige Bedeutung auch in der für nötig erachteten besonderen Benennung ihren Ausdruck gefunden hat. Dieser Gesetzesanwendung hätte — die Feststellung der Mitschuld einer bestimmten dritten Person in dem Urteil bezw. den Urteilsgründen vorausgesetzt — eine entsprechende Erstreckung des Eheverbots des § 33 Ziff. 5 des cit. Reichsgesetzes zu folgen, wenn die Bestimmung des letzteren dahin verstanden werden könnte, daß dem wegen Ehebruchs oder wegen einer dem Ehebruch gleichgeachteten Handlungsweise Geschiedenen die Ehe mit der mitschuldigen Person verboten sei. Da jedoch nicht zu bezweifeln ist, daß der gedachten Bestimmung des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 ebenso wie den Bestimmungen des R.St.G.B. (§ 172) der längst feststehende gemeinrechtliche Begriff des Ehebruchs[1]) zu Grund liegt und die allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung nicht dazu ermächtigen, die das Eheschließungsrecht beschränkende Bestimmung des erstgenannten Gesetzes auf analoge Fälle auszudehnen, so stellt sich die Ansicht der Vorinstanzen, daß die Anwendung des Eheverbots unbedingt

1) Vgl. beispielsweise c. 14. 15. Decr. II 32 qu. 5.



den ehegerichtlichen Scheidungsgrundsätzen sich anzuschließen habe, nicht als begründet dar, und kann die Ehe des wegen grober Verletzung der ehelichen Treue ohne Feststellung eines Ehebruchsakts Geschiedenen mit der als mitschuldig erscheinenden Person dem Verbot des § 33 cit. nicht unterworfen werden.

Beschluß des Feriensenats vom 24. Juli 1897 in der Beschwerdesache des Michael Flierl[1]).

1) Gegen das in obiger Entscheidung angeführte Scheidungsurteil hatte der Beklagte Berufung eingelegt; das Oberlandesgericht (I Civilsenat) erachtete die Scheidungsklage der Ehefrau für begründet, weil Beklagter einen Ehebruch mit der Katharine L. begangen habe, der nicht — wie die Civilkammer angenommen hatte — kompensiert sei, während es Bedenken trug, in dem von der Civilkammer verwerteten Verhalten des Beklagten eine grobe Verletzung der ehelichen Treue zu finden; das Berufungsgericht führte weiter aus: das Berufungsgericht sei gehindert, auf Scheidung wegen Ehebruchs zu erkennen, weil nur der Beklagte Berufung eingelegt habe und daher das erstrichterliche Urteil nicht zu seinen Ungunsten abgeändert werden könne; da aber ein Ehebruch eine grobe Verletzung der ehelichen Treue enthalte, sei die Berufung zurückzuweisen. Schon bei Beratung dieses Urteils wurde hervorgehoben, daß der Beklagte nach Lage der Sache nicht gehindert sei, die Katharine L. zu heiraten. — In Betreff des künftigen Rechts vergl. §§ 1312 und 1568 B.G.B.: auch hienach wird kein Zweifel sein, daß ein auf Grund des § 1568 wegen „unsittlichen Verhaltens" Geschiedener seine etwaige Mitschuldige zu ehelichen nicht gehindert ist. — Anm. d. E.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Voraussetzung für die Zurückforderung einer irrtümlich erstatteten Armenunterstützung ist Entschuldbarkeit des Irrtums. Einrede des Wegfalls der Bereicherung.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

I. Außer Streit steht, daß die am 10. Februar 1877 geborene Dienstmagd Wilhelmine F., als ihr auf Ansuchen vom 18. Juli 1893 ab bis 14. Januar 1894 die Verpflegung im Katharinenhospital in Stuttgart auf Rechnung des Ortsarmenverbands Stuttgart gewährt wurde, den Unterstützungswohnsitz ihres Vaters, des Fabrikaufsehers Georg F. teilte und daß dieser, obwohl er seit 1. Juli 1890 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Untertürkheim hatte, seinen durch vieljährigen Aufenthalt in Eßlingen erworbenen Unterstützungswohnsitz noch besaß, weil er von der Ortsarmenbehörde Eßlingen durch Fürsorge für seine Kinder ohne Unterbrechung Unterstützung genoß und insbesondere noch im Juli 1893 drei seiner Kinder auf Rechnung des Ortsarmenverbands Eßlingen untergebracht waren.

Ebenso ist außer Streit, daß, als der Vorstand der Ortsarmenbehörde Untertürkheim am 17. August 1893 der Ortsarmenbehörde Stuttgart auf ihre Anmeldung des Unterstützungsfalls erwiderte, daß „die im Katharinenhospital

entstehenden Kosten für die Wilhelmine F. von der Ortsarmenbehörde anerkannt" werden, da dieselbe den Unterstützungswohnsitz in Untertürkheim habe, und als der liquidierte Aufwand mit 252 Mark 15 Pfennig von der Ortsarmenbehörde Untertürkheim zufolge der Dekretur des Kollegiums vom 14. Februar 1894 dem Ortsarmenverbande Stuttgart am 24. desselben Monats erstattet wurde, die Organe des Ortsarmenverbands Untertürkheim hinsichtlich des Unterstützungswohnsitzes der Wilhelmine F. sich im Irrtum befunden haben.

Als nach Aufklärung des Irrtums die Ortsarmenbehörde Untertürkheim im April 1896 um Erstattung der von ihr irrtümlich nach Stuttgart bezahlten 252 Mark 15 Pfennig den Ortsarmenverband Eßlingen als den zur Fürsorge für die Wilhelmine F. endgültig verpflichtet gewesenen Ortsarmenverband anging, welchen Erstattungsanspruch sie darauf gründen konnte, daß sie durch die Befriedigung der vorläufig unterstützenden Ortsarmenbehörde Stuttgart an deren Stelle getreten sei, wurde dieser Erstattungsanspruch von der Ortsarmenbehörde Eßlingen mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß ihr gegenüber von dem vorläufig unterstützenden Ortsarmenverbande Stuttgart die Vorschrift des § 34 des Unterstützungswohnsitzgesetzes nicht erfüllt worden sei. Nach der bestehenden Rechtsprechung hat in der That der Ortsarmenverband Untertürkheim den Einwand, daß der Erstattungsanspruch infolge Nichtbeachtung des § 34 des Reichsgesetzes verwirkt worden sei, gegen sich gelten zu lassen[1]).

Des Näheren verhält sich die Sache so: Der Erstattungsanspruch der Ortsarmenbehörde Stuttgart war hinsichtlich der vor den 24. August 1893 fallenden Aufwendungen schon beim Empfang der Zahlung vom 24. Februar 1894 erloschen. Hinsichtlich der seit dem 24. August 1893 gemachten Aufwendungen ist der Erstattungsanspruch schließlich

1) Wohlers-Krech, Unterstützungswohnsitzgesetz, 7. Aufl. zu § 34 Anm. 1a und b. Scharpff, Handbuch des Armenrechts Seite 159 Anm. 2.

mit dem 14. Juli 1894 (sechs Monate nach dem Ende der Verpflegung der Wilhelmine F.) gänzlich erloschen.

Aber auch die gerichtliche Klage, mit der nunmehr der Ortsarmenverband Untertürkheim den Ortsarmenverband Stuttgart auf Zurückzahlung der irrtümlich geleisteten 252 M. 15 Pf. belangt, muß ohne Erfolg bleiben.

II. Der Unterrichter hat die Abweisung der Klage darauf gestützt, daß die Voraussetzungen des Zurückforderungsanspruchs unter Zuhilfenahme der Rechtsgrundsätze des Zivilrechts und speziell nach den Rechtsgrundsätzen des in dieser Materie in Württemberg geltenden gemeinen Rechts zu beurteilen seien, daß hienach die Voraussetzung der Entschuldbarkeit des Irrtums aufzustellen sei, daß aber nach den Umständen des Falls ein entschuldbarer Irrtum auf Seiten des Ortsarmenverbands Untertürkheim nicht vorliege.

Der Verwaltungsgerichtshof tritt den Ausführungen des unterrichterlichen Urteils, die in rechtlicher Beziehung mit der bestehenden Rechtsprechung übereinstimmen[1]), im wesentlichen bei. Was insbesondere die Entschuldbarkeit des Irrtums als Voraussetzung für die Rückforderung einer Nichtschuld wegen ungerechtfertigter Bereicherung betrifft, so wird es allerdings nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch auf Entschuldbarkeit nicht mehr ankommen. Bei der Auslegung des zur Zeit geltenden gemeinen Rechts schließt sich aber der Verwaltungsgerichtshof der Praxis des obersten Landesgerichts an, das, seitdem die entgegengesetzte Rechtsansicht vom vormaligen Reichsoberhandelsgericht mit Urteil vom 28. März 1878 (württ. Gerichtsblatt Bd. XIV S. 346) verworfen worden ist, dieser Entscheidung gefolgt ist und die Entschuldbarkeit des Irrtums als Voraussetzung der Rückforderungsklage anerkannt hat.

III. Nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs ist die Zurückforderungsklage aber auch schon aus dem Grunde abzuweisen, weil der Ortsarmenverband Stuttgart mit Recht

1) Vergl. Jahrb. der Württemb. Rechtspflege Bd. 8 S. 354 (Red.).

einwendet, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung auf seiner Seite nicht vorliege.

Ob die Erklärung des Vorstands der Ortsarmenbehörde Untertürkheim vom 17. August 1893, daß die Erstattung der im Katharinenhospital entstandenen Kosten von der Ortsarmenbehörde anerkannt werde, da die Wilhelmine F. den Unterstützungswohnsitz in Untertürkheim habe, von dem Vorstande der Ortsarmenbehörde für sich allein oder im Einvernehmen mit dem Kollegium abgegeben wurde, ist zwischen den Parteien nicht erörtert worden. Jedenfalls ist diese Anerkennung der Erstattungspflicht von dem Kollegium mit seinem Dekreturbeschlusse vom 14. Februar 1894 genehmigt worden und die Zahlungsleistung vom 24. Februar war die Erfüllung der Verpflichtung, welche die Ortsarmenbehörde Untertürkheim als bestehend anerkannt hatte.

Die Entgegennahme des Anerkenntnisses und der Empfang der Zahlung des Ortsarmenverbands Untertürkheim waren für den Ortsarmenverband Stuttgart eine grundlose Bereicherung seitens des Ortsarmenverbands Untertürkheim; derselben steht aber die Vermögensminderung gleichen Betrags gegenüber, die der Ortsarmenverband Stuttgart dadurch erlitten hat, daß er des Erstattungsanspruchs, der ihm als dem vorläufig unterstützenden Armenverband gegenüber dem Ortsarmenverband Eßlingen als dem endgültig verpflichteten Armenverband zustand, verlustig geworden ist. Nach Empfang des Anerkenntnisses vom 17. August 1893 hat die Ortsarmenbehörde Stuttgart unterlassen, ihren Erstattungsanspruch gegenüber dem Ortsarmenverband Eßlingen nach § 34 des Unterstützungswohnsitzgesetzes zu wahren; infolge dessen ist derselbe schon bei Empfang der Zahlung vom 24. Februar 1894 für die vor den 24. August 1893 fallenden Aufwendungen erloschen. Die Ursache, daß die Wahrung des Erstattungsanspruchs gemäß § 34 des Gesetzes unterblieben war und auch nachher noch unterblieben ist, war offensichtlich die Leistung des Anerkenntnisses und der Zahlung seitens des Ortsarmenverbands Untertürkheim. In

Bezug auf die seit dem 24. Februar 1894 gemachten Aufwendungen ist zudem der noch bestehende Erstattungsanspruch des Ortsarmenverbands Stuttgart auf den Ortsarmenverband Untertürkheim infolge der von ihm geleisteten Zahlung übergegangen. Der (in das bürgerliche Gesetzbuch § 818 Abs. 3 aufgenommene) gemeinrechtliche Satz, daß der gutgläubige Empfänger einer Nichtschuld durch den Wegfall der Bereicherung, falls dieser ohne sein Verschulden eintritt, von der Rückerstattungspflicht befreit wird [1]), kommt hier gleichfalls zur Ergänzung des Unterstützungswohnsitzgesetzes zur Anwendung. Dem Anspruch auf Rückgängigmachung der Zahlungsleistung und des ihr zu Grunde liegenden Anerkenntnisses, sowie andererseits der eingetretenen gesetzlichen Cession kann mit Erfolg der Ortsarmenverband Stuttgart die Einwendung des Wegfalls der Bereicherung entgegensetzen, weil der Wegfall der Bereicherung ohne Schuld der Ortsarmenbehörde Stuttgart geschehen ist, die nach Empfang des Anerkenntnisses vom 17. August 1893 und vollends nach Empfang der Zahlung keine Veranlassung hatte, den für sie entstandenen Erstattungsanspruch gegenüber dem definitiv verpflichteten Armenverbande nach Vorschrift des § 34 für sich oder die Ortsarmenbehörde Untertürkheim zu wahren [2]).

Der Einrede der Ortsarmenbehörde Stuttgart läßt sich auch nicht etwa entgegenhalten, daß sie die Ortsarmenbehörde Untertürkheim zu der irrtümlichen Abgabe des Anerkenntnisses und Leistung der Zahlung verleitet habe ....

Urteil vom 22. September 1897 in der Berufungssache

---

1) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 424 Note 3.

2) Vergl. auch die Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts vom 4. März 1875 in Seuffert's Archiv Bd. XXXIII Nr. 32 und des Oberlandesgerichts zu Celle vom 4. Februar 1885 daselbst Bd. XL Nr. 291, sowie die auf den Gebieten des preußischen Landrechts und des französischen Rechts liegenden Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen Heft XXII S. 85 und Heft XXIV S. 122.

des Ortsarmenverbands Untertürkheim gegen den Ortsarmenverband Stuttgart.

2.

Zu § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes und Art. 27 des Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873 zu demselben, und zu dem deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrage vom 31. Mai 1890.

Der am 26. September 1850 in Bitzenhofen, Gemeindebezirks Obertheuringen, Oberamts Tettnang, geborene Drechsler Mathäus W., der durch Abstammung die württembergische Staatsangehörigkeit besitzt und seit 16. November 1887 in zweiter Ehe mit Anna Marie R. von Hofen, Oberamts Cannstatt, verheiratet ist, hat (nach längerem Aufenthalt in Stuttgart) vom Februar 1886 bis April 1888 mit seiner Familie ununterbrochen in Eßlingen gewohnt und damit nach dem von der Ortsarmenbehörde Eßlingen am 18. Okt. 1895 ausgesprochenen Anerkenntnis den Unterstützungswohnsitz in diesem Armenverbandsbezirke erworben. Im April 1888 verzog W. nach Hofen, wo er bis Pfingsten (9. Juni), vielleicht auch bis Juli 1889 verblieb. Von da siedelte er mit seiner Familie in die Schweiz über, die er bis zu seiner Rückkehr nach Deutschland am 17. September 1895 nicht mehr verließ. Er arbeitete an verschiedenen Orten in Fabriken bis 24. Juni 1895, zu welcher Zeit ihn schwere Krankheit die Arbeit aufgeben hieß. Infolge der Verdienstlosigkeit des W. wurde die Familie unterstützungsbedürftig und er selbst genoß vom 9. Juli bis 16. September 1895 Verpflegung im Krankenhaus zu Schaffhausen.

Da seitens der darum angegangenen württembergischen Behörden keine Unterstützung nach der Schweiz verwilligt wurde, beschloß der Stadtrat Schaffhausen am 21. August 1895 mit Genehmigung der Kantonsregierung, die Familie W., welche zu dieser Zeit aus 8 Köpfen, dem Ehepaar und

6 Kindern im Alter von 2 Monaten bis zu 12 Jahren bestand, wegen dauernder Unterstützungsbedürftigkeit von dort auszuweisen.

Die Ausweisung wurde am 17. September ins Werk gesetzt und vom Stadtrat Schaffhausen, weil inzwischen der deutsche Hilfsverein in Zürich das Ansuchen gestellt hatte, es möchte W. mit Familie nach Friedrichshafen befördert werden, und angenommen wurde, daß die württembergische Hafendirektion in Friedrichshafen direkt von dem Verein über die Ankunft der W.'schen Familie verständigt worden sei, die Beförderung der Familie nach Friedrichshafen verfügt. Der mit der Vollstreckung der Ausweisung beauftragte Beamte wollte der W.'schen Familie Fahrkarten nach Friedrichshafen lösen, erhielt aber, da solche in Schaffhausen nicht ausgegeben werden, nur Fahrkarten nach Konstanz. Mit diesen Fahrkarten verließ die Familie die Schweiz; dabei wurde versäumt, die bei der Gemeindepolizei hinterlegte Heimaturkunde des W. diesem mitzugeben.

Nach der Ankunft in Konstanz begab sich die Ehefrau W. zum Großherzoglichen Bezirksamt, machte demselben Mitteilung von der Ausweisung und davon, daß ihr gesagt worden sei, sie werden hier weitere Fahrkarten bis Friedrichshafen erhalten, worauf das Bezirksamt die Familie, weil ihre Ausweisung ohne Erfüllung der staatsvertragsmäßigen Formalitäten erfolgt sei, der Armenkommission zuführen ließ mit dem Ersuchen, als vorläufig unterstützungspflichtiger Armenverband für ihre Unterbringung besorgt zu sein, und gegenüber der Polizeibehörde in Schaffhausen vorstellig wurde, weil die Ausgewiesenen nicht im Besitz einer Heimaturkunde sich befinden und unterlassen worden sei, die im Punkt V des Zusatzprotokolls vom 21. Dezember 1881 zum deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrag vorgeschriebene Mitteilung rechtzeitig zu machen.

Dies hatte zur Folge, daß die Armenkommission Konstanz die Familie W. in ihre Fürsorge nahm und seither unterstützt, und daß der Stadtrat Schaffhausen mit Bericht

an die Polizeidirektion des Kantons vom 21. September 1895, worin die Vorgänge bei der Ausweisung geschildert sind, die Heimaturkunde des W. mit dem Anfügen vorlegte, daß die durch Staatsvertrag vorgeschriebene Mitteilung an das großherzoglich badische Bezirksamt nicht unterlassen worden wäre, wenn der Stadtrat rechtzeitig davon Kenntnis gehabt hätte, daß die Ausweisung nach Konstanz vollzogen werden wolle, welcher Bericht samt Heimaturkunde dann von der Polizeidirektion am 23./24. September dem Bezirksamt Konstanz mitgeteilt wurde.

Auf das vom Bezirksamt an das württembergische Oberamt Tettnang gerichtete Ansinnen, die Familie W. zu übernehmen, erwiderte diese Behörde ablehnend, daß dem nach § 28 des Unterstützungswohnsitzgesetzes vorläufig unterstützenden Armenverband anheimgestellt bleibe, den Regreß nach § 30 oder § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes zu nehmen, und daß nach derzeitiger Sachlage eine Zuweisung von Staat zu Staat nicht mehr in Frage kommen könne. Nach Erhebungen über die Aufenthaltsverhältnisse der Familie W., welche zu der Anerkennung führten, daß M. W. früher durch den schon erwähnten Aufenthalt in Eßlingen den Unterstützungswohnsitz erworben hatte, machte das Bezirksamt Konstanz unter der Adresse des Landarmenverbands Eßlingen dem Oberamt die Mitteilung, daß es, wenn nichts eingewendet werde, die Familie W., welche den letzten Unterstützungswohnsitz in Eßlingen gehabt habe, dahin wolle liefern lassen. Das Oberamt Eßlingen übergab die Angelegenheit der zuständigen Landarmenbehörde für den Neckarkreis in Ludwigsburg, die mit Schreiben an das Bezirksamt Konstanz vom 30. November bestritt, daß eine Uebernahme aus dem Ausland kraft völkerrechtlicher Verpflichtung vorliege und daß § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes auf diesen Unterstützungsfall Anwendung finde.

Das Bezirksamt Konstanz sprach sich mit Schreiben an die Armenkommission daselbst vom 6. November (Dezember?) dahin aus: 1) daß von einer seinerseits erfolgten Uebernahme

nicht die Rede sein könne, daß es vielmehr gegen das von der Schweizerbehörde beliebte Verfahren Protest eingelegt habe, 2. daß es nicht befugt gewesen sei, die die württembergische Staatsangehörigkeit besitzende Familie W. in die Schweiz zurückzuweisen, 3. daß für eine Abschubung nach Friedrichshafen die gesetzliche Grundlage gefehlt habe und 4. daß zweifellos der württembergische Landarmenverband des Neckarkreises endgültig unterstützungspflichtig von dem Augenblick an werde, in welchem die Uebernahme auf gesetzlich formalem Wege erfolgt sein werde, was veranlaßt werden wolle.

Der Sonderausschuß für das Landarmenwesen des badischen Kreises Konstanz, dem von der Auffassung des Bezirksamts Kenntnis gegeben wurde, erklärte sich mit dem beabsichtigten Vorgehen einverstanden. Das Bezirksamt stellte nun am 13. Dezember 1895 an die Polizeidirektion des Kantons Schaffhausen das Ersuchen, um die Sache nachträglich zur legalen Erledigung zu bringen, die gemäß Art. 8 Abs. 1 des deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrags vom 31. Mai 1890 der ausweisenden Behörde zufallenden Maßnahmen zu ergreifen, worauf die Uebernahmeerklärung abgegeben werden werde. Und diesem Schreiben folgte, als am 18. Dezember 1895 die Stadtpolizei antwortete, am 5. Februar 1896 ein weiteres Schreiben an die Polizeidirektion des Kantons. Die Polizeidirektion antwortete mit Schreiben vom 5. März 1896: „Gestützt auf Art. 4 des Niederlassungsvertrags zwischen der Schweiz und Deutschland vom 31. Mai 1890 fand sich der hiesige Stadtrat veranlaßt, den M. W. von Obertheuringen samt Familie aus hiesiger Stadt auszuweisen und denselben mit Umgehung der in Art. 8 erwähnten Vertrags bestehenden Vorschriften direkt nach Konstanz abzuliefern; um nun nachträglich die Formalitäten genannten Vertrags zu erfüllen, stellen wir nachträglich das Gesuch um Uebernahme dieser Familie“; worauf das großherzogliche Bezirksamt am 8. März erwiderte, daß M. W. nebst Familie auf Grund des Art. 8 des deutsch-schweizeri-

schen Niederlassungsvertrags vom 31. Mai 1890 übernommen werde.

Der Sonderausschuß für das Landarmenwesen des Kreises Konstanz, der auf ein Schreiben an die württembergische Landarmenbehörde für den Neckarkreis die Antwort bekam, daß sie eine Verpflichtung des Landarmenverbands auch jetzt nicht anzuerkennen vermöge, da die nachträgliche Beschaffung eines Uebernahmeantrags und ein etwa nachträglich gefaßter Beschluß auf Uebernahme für die Anwendbarkeit des § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes wirkungslos sei, erklärte, „daß er die Landarmeneigenschaft der Familie W. nicht anerkenne, da die Landarmenbehörde in Ludwigsburg der definitiv unterstützungspflichtige Landarmenverband sei, und es der Armenkommission überlassen müsse, Klage auf Rückerstattung der Kosten zu erheben".

Am 3. Dezember 1896 kam beim Verwaltungsgerichtshof Klage des Ortsarmenverbands Konstanz gegen den Landarmenverband für den Neckarkreis ein. Der Kläger beantragte: in erster Linie den Beklagten kostenfällig für schuldig zu erkennen, den M. W. mit Frau und 6 Kindern in eigene Armenfürsorge zu übernehmen und dem Kläger den bis zur Uebernahme auf diese Familie gemachten und zu machenden Armenaufwand zu erstatten, und zwar für die Zeit vom 17. September 1895 bis 2. Dezember 1896 im Betrag von 2076 Mark 84 Pfennig und von da ab bis zur Uebernahme vorbehältlich einer nachzuholenden Liquidierung, eventuell den Beklagten kostenfällig für schuldig zu erkennen, den M. W. mit Frau und 6 Kindern in eigene Armenfürsorge zu übernehmen und dem Kläger den seit 8. März 1896 auf die W.'sche Familie gemachten und zu machenden Armenaufwand zu erstatten, und zwar für die Zeit vom 8. März 1896 bis 2. Dezember 1896 im Betrag von 618 Mark 48 Pfennig und von da ab bis zur Uebernahme vorbehältlich einer nachzuholenden Liquidierung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch Urteil vom 31. März 1897 den Kläger abgewiesen.

Gründe:

I. Der Anspruch auf Uebernahme des württembergischen Staatsangehörigen M. W. von Bitzenhofen und seiner aus Frau und 6 Kindern bestehenden Familie und auf Erstattung des für die Familie gemachten und noch zu machenden Unterstützungsaufwands wird auf § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes vom 6. Juni 1870 bezw. Art. 27 des württemb. Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873 gestützt.

Diese Gesetzesbestimmungen, welche abweichend von der Regel des § 30 Abs. 1 lit. b des Unterstützungswohnsitzgesetzes, daß den Unterstützungsaufwand für Landarme derjenige Landarmenverband zu tragen hat, in dessen Bezirk die Hilfsbedürftigkeit eintritt, für die aus dem Ausland übernommenen Landarmen die Verpflichtung zur Kostenerstattung und Uebernahme demjenigen Landarmenverband auferlegen, in dessen Bezirk der Hilfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat, setzen nach ihrem Wortlaut, nach der Entstehungsgeschichte des § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes (cfr. Stenographische Berichte Band IV, S. 439 und 582) und nach der Auslegung, welche der § 33 in Theorie und Praxis übereinstimmend gefunden hat[1]), voraus, daß die Uebernahme aus dem Ausland von einer zuständigen Staatsbehörde verlangt wird, und daß eine zuständige inländische Behörde kraft völkerrechtlicher Verpflichtung auf Grund besonderer Staatsverträge oder völkerrechtlicher Gewohnheit die Uebernahme vollzieht.

1) Vergl. Wohlers-Krech, Unterstützungswohnsitzgesetz, 7. Auflage § 33, Anm. 1 und 2; Eger, Unterstützungswohnsitzgesetz, 3. Auflage § 33, Anm. 116. Z. 3 und 5; Bätzner, Handbuch der Armenpflege, § 33, Anm. 1; Scharpff, Handbuch des Armenrechts, § 33, Anm. 3 und 5; Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen, Heft V, S. 100, VI, S. 84, VII, S. 113, XVII, S. 132, XX, S. 159, XXIV, S. 170, XXVIII, S. 158; Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs I. Teil Nr. 861 und 866; Entscheidungen des württemb. Verwaltungsgerichtshofs vom 22. Dezember 1881 — Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1882 S. 90 — und 4. November 1891 — Ministerial-Amtsblatt von 1891 S. 313.

Maßgebend für den Vollzug der völkerrechtlichen Übernahme von Deutschen aus der Schweiz ist der deutsch-schweizerische Niederlassungsvertrag vom 31. Mai 1890 (Reichsgesetzblatt S. 131 ff.) und nach dem Schlußprotokoll Ziff. 4 weiter das Zusatzprotokoll vom 21. Dezember 1881 zum früheren Niederlassungsvertrag vom 27. April 1876 (württembergisches Regierungsblatt von 1882 S. 28 ff.) Nach diesen Vorschriften müssen in der Schweiz hilfsbedürftig gewordene Deutsche und ebenso vormalige Deutsche, wenn sie ausgewiesen werden, auf Verlangen der schweizerischen Staatsbehörden von einer der dazu berufenen deutschen Grenzbehörden übernommen werden (Art. 4 und 8 des Niederlassungsvertrags und Punkt I und VI A des Zusatzprotokolls), wenn die gegenwärtige oder vormalige Staatsangehörigkeit durch eine unverdächtige Heimatsurkunde dargethan ist (Punkt I des Zusatzprotokolls) oder wenn die Uebernahmepflicht im Korrespondenzwege seitens der zuständigen inländischen Staatsbehörde direkt oder unter diplomatischer Vermittlung anerkannt ist (Punkt II und IV des Zusatzprotokolls); dabei muß in allen Fällen der Ausweisung Hilfsbedürftiger der Grenzübernahmebehörde rechtzeitig vorher von der bevorstehenden Heimschaffung Mitteilung gemacht werden (Punkt V des Zusatzprotokolls).

II. Soweit nun der vom Kläger erhobene Anspruch auf Erstattung des vom 17. September 1895 bis 7. März 1896 erwachsenen Unterstützungsaufwands gerichtet ist, ist derselbe zweifellos unbegründet. Ueber die Rückkehr der W.'schen Familie aus der Schweiz nach Deutschland ist in den Vorakten enthalten, daß der Stadtrat Schaffhausen sich im August 1895 über die Ausweisung der Familie ihrer Hilfsbedürftigkeit wegen schlüssig machte, auch zu diesem Beschluß die Genehmigung der Regierung des Kantons Schaffhausen erhielt . . ., daß aber sodann ein Verlangen einer schweizerischen Staatsbehörde auf Uebernahme der W.'schen Familie einer deutschen Behörde gegenüber nicht gestellt worden ist. Nicht einmal von der Gemeindebehörde Schaffhausen sind die Vorschriften des Zusatzprotokolls vom 21. Dezember 1881 zum

deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrage erfüllt worden. Sie hat von der bevorstehenden Heimschaffung der W.'schen Familie keine Mitteilung an die badische Grenzübernahmebehörde in Konstanz, die sodann für den Durchtransport nach Friedrichshafen hätte Sorge tragen müssen (vgl. Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 27. September 1888, betr. die Uebernahme aus der Schweiz ausgewiesener und behufs Vollziehung der Ausweisung einer großherzoglich badischen Behörde übergebener Württemberger, im Ministerialamtsblatt S. 288 ff.), gemacht und, während der Heimatschein des W. in Schaffhausen bei der Gemeindepolizeibehörde zurückblieb, sich auf die Anordnung beschränkt, daß für die W.'sche Familie zur Reise nach Friedrichshafen Fahrkarten gekauft werden, die hernach auf dem Bahnhof in Schaffhausen nur bis Konstanz zu haben waren. Ebensowenig hat damals seitens des badischen Bezirksamts Konstanz eine Uebernahme der W.'schen Familie in Vollziehung einer staatsvertragsmäßigen Verpflichtung stattgefunden, wie von dem badischen Bezirksamt in seinem Erlaß an die Armenkommission Konstanz vom 6. November 1895 . . . ausdrücklich anerkannt ist.

Die vorgeschriebenen Formalitäten sind auch keineswegs, wie Kläger behauptet, am 21. September 1895 nachgeholt worden (da der Bericht des Stadtrats Schaffhausen an die Polizeidirektion des Kantons vom 21. September, welcher mit dem zurückgebliebenen Heimatschein des W. am 24. September dem Bezirksamt Konstanz zukam, sich nur über die vorgekommenen Verstöße erläuternd ausspricht), und es kann deshalb dahingestellt bleiben, welche Wirkung eine solche sofortige Nachholung hätte haben können.

III. Aber auch der eventuell erhobene Anspruch auf Erstattung des seit dem 8. März 1896 erwachsenen und noch erwachsenden Unterstützungsaufwands — und auf Uebernahme der W.'schen Familie — ist als unbegründet abzuweisen. „Um die Sache nachträglich zur legalen Erledigung zu bringen" hat das badische Bezirksamt Konstanz am 13. Dezember 1895

und wieder am 5. Februar 1896 an die Polizeidirektion des Kantons Schaffhausen sich gewendet, worauf diese am 5. März 1896, „um nachträglich die Formalitäten des Niederlassungsvertrags zu erfüllen" nachträglich das Gesuch um Uebernahme der W.'schen Familie an das Bezirksamt, dem der Heimatschein des W. im September 1895 übersandt worden war, stellte und das Bezirksamt am 8. März 1896 die Uebernahme beschloß. Allein durch diese nachgefolgte Prozedur konnte nicht die Wirkung hervorgebracht werden, daß die W.'sche Familie, die seit dem 17. September 1895 auf deutschem Gebiet weilte, so angesehen werden könne und müsse, als ob sie nunmehr am 8. März 1896 auf Verlangen der schweizerischen Staatsbehörde vom badischen Bezirksamt Konstanz habe übernommen werden müssen. Würde solcher nachträglicher Prozedur diese Wirkung beigelegt, so hätte dies die Folge, daß die mangels der Voraussetzungen des § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes nach der Vorschrift des § 30 Abs. 1 lit. b desselben begründete, nach geführtem Rechtsstreit durch Urteil festgestellte Verpflichtung eines Landarmenverbands zur Tragung der Kosten der Armenfürsorge nachträglich abgeändert und für die Zukunft dem Landarmenverband des letzten Unterstützungswohnsitzes auferlegt werden könnte. Mit andern Worten, den Fall gesetzt, daß der Ortsarmenverband Konstanz nach der ablehnenden Erwiderung der Landarmenbehörde für den Neckarkreis vom 30. November 1895 alsbald gegen dieselbe den Rechtsweg beschritten hätte und durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen worden wäre, würde man vom Standpunkte des Klägers zu der unannehmbaren Konsequenz gelangen, daß diese Erledigung des Streits durch Vereinbarung des Bezirksamts Konstanz mit der Polizeidirektion Schaffhausen über nachträgliche Formalitätenerfüllung für die Zukunft unwirksam gemacht werden könnte, da dem nach diesem Standpunkt neu geschaffenen Sachverhältnis die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegenstünde.

Diese Entscheidung wurde auf die vom Kläger erhobene

Berufung von dem Bundesamt für das Heimatwesen am 26. Juni 1897 bestätigt.

Urteil vom 31. März 1897 in der Verwaltungsstreitsache zwischen dem badischen Ortsarmenverband Konstanz und dem württembergischen Landarmenverband für den Neckarkreis.

3.

Klage eines Fischereiberechtigten auf Untersagung der kraft Gemeingebrauchs ausgeübten Gewinnung von Kies und Sand aus einem öffentlichen Flusse.

(Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs. Aus dem Recht auf den Gemeingebrauch ergibt sich nur die Befugnis zur Kies- und Sandentnahme für den eigenen wirtschaftlichen Bedarf. Im übrigen unterliegt die Kies- und Sandgewinnung öffentlichrechtlich nur den in Art. 8 des Fischereigesetzes vom 27. November 1865 festgesetzten Beschränkungen. Erlöschen des Rechtsstreits in Bezug auf die Hauptsache infolge Todes des Gemeingebrauchsbeteiligten.)

In der Berufungssache des Bauunternehmers Konrad K. in Salach, nun dessen Erben, und des Bauers Michael A. in Kuchen, Beklagten, Berufungskläger, gegen den Fischer Jakob G. in Kuchen, Kläger, Berufungsbeklagten, Schutz eines Fischereirechts betreffend, erkannte der Verwaltungsgerichtshof auf die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der K. Kreisregierung in Ulm vom 23. Dezember 1896 und auf die von dem Kläger eingelegte Anschließung an diese Berufung:

1) Der Rechtsstreit wird, soweit er gegen den Beklagten Konrad K. gerichtet war, in Betreff der Hauptsache als erledigt erklärt.
2) Der Beklagte A. hat sich — bei Vermeidung einer Geldstrafe von 40 Mark für jeden Fall der Zuwiderhandlung — der den eigenen wirtschaftlichen Bedarf überschreitenden Entnahme von Kies und Sand aus dem Bette des Fischwassers des Klägers in der Fils auf der Markung

Kuchen, von der Markungsgrenze Kuchen—Altenstadt ab bis zu dem Fischerstein, der abwärts gegen Gingen 1500 Fuß von der Markungsgrenze Kuchen—Gingen entfernt ist, zu enthalten. Dagegen unterliegt im Verhältnis zu dem Kläger die aus dem Gemeingebrauch an dem öffentlichen Flusse abzuleitende Befugnis zur Entnahme von Kies und Sand zu Zwecken des eigenen wirtschaftlichen Bedarfs keiner weiteren öffentlich-rechtlichen als der in Art. 8 des Fischereigesetzes vom 27. November 1865 festgesetzten Beschränkung: so daß außer der Laichzeit der das Fischwasser bevölkernden Forellen- und Salmenarten auch das Sammeln von überschwemmtem Kies und Sand und die Anwendung der Baggerschaufel zur Gewinnung von Kies und Sand, sowie das Fahren mit Kies- und Sandfuhrwerken nicht verwehrt ist.

3) Insoweit der Kläger auf Grund besonderen Inhalts der ihm zustehenden Fischereiberechtigung ein weitergehendes Untersagungsrecht in Anspruch nehmen will, wird die Klage wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abgewiesen.

4) Sowohl die Berufungskläger — der Beklagte A. und die Erben des Beklagten K. — als auch der Berufungsbeklagte haben die Kosten der Berufungsinstanz selbst zu tragen. Die Kosten erster Instanz bleiben den Beklagten — dem Beklagten A. und den Erben des Beklagten K. — zur Last.

Gründe:

1) Der Beklagte K. ist am 19. Januar 1897, in der Zeit zwischen Verkündigung und Zustellung des Urteils erster Instanz, gestorben. Eine Unterbrechung des Verfahrens ist nun zwar hiedurch nicht eingetreten, da K. zur Zeit seines Ablebens durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (Civilprozeßordnung § 223), weshalb die Rechtsgiltigkeit und Wirksamkeit der für ihn eingelegten Berufung nicht zu beanstanden ist. Auf dem hernach am 19./22. Juni d. J. gestellten An-

trage auf Aussetzung des Verfahrens hat der Prozeßbevollmächtigte nicht beharrt. Wie am 8. Juli d. J. das Schultheißenamt Salach berichtet hat, ist K. von seiner Witwe und seinen 9 Kindern beerbt worden. Sachlich ist indessen der Tod dieses Beklagten auf den gegenwärtigen Rechtsstreit insofern von wesentlichem Einfluß, als die Klage, soweit sie gegen den Beklagten K. gerichtet war, durch jenes Ereignis thatsächlich ihre Erledigung gefunden hat und insoweit ein Urteil in der Hauptsache nicht mehr ergehen kann. Die Erlassung der beantragten gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache gegen die Erben des verstorbenen Beklagten K. würde voraussetzen, daß das Streitverhältnis auf dessen Erben im Wege der Rechtsnachfolge übergegangen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Es handelt sich auf Seite des Beklagten K., wie hernach weiter zur Sprache kommt, nur um eine aus dem Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern abgeleitete individuelle Befugnis, welche als solche nicht vererblich ist, vielmehr mit dem Tode des einzelnen erlischt und von jedem anderen, insbesondere auch von dem Erben des Verstorbenen, nur vermöge seines eigenen persönlichen Gebrauchsrechts ausgeübt wird. Auch auf die Witwe des K., obwohl dieselbe das Kies und Sand verbrauchende Bauunternehmergeschäft fortsetzt, ist das Streitverhältnis nicht übergegangen. Sonach ist durch den Tod des Beklagten K. die gegen ihn eingeklagte Verpflichtung, daß er sich künftig bei Ausübung des Gemeingebrauchs jeder Störung des klägerischen Fischereirechts zu enthalten habe, erloschen und es kann insoweit von einer Fortsetzung des Rechtsstreits keine Rede mehr sein. Anders verhält es sich dagegen mit dem vermögensrechtlichen und im Erbgang übertragbaren Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten; in dieser Beziehung unterliegt die Fortsetzung der Klage gegen die Erben und die Erlassung des Urteils diesen gegenüber keinem Anstand, wobei dann allerdings auch die materielle Berechtigung des Hauptanspruchs insoferne zu erörtern und zu entscheiden ist, als diese eine Vorfrage für die Entscheidung im Kostenpunkt bildet.

2) Nach Artikel 10 Ziff. 24 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 kommt den Verwaltungsgerichten die Verhandlung und Entscheidung zu über „Streitigkeiten, welche betreffen: die Benützung öffentlicher Gewässer und die Ausübung der Fischerei, wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Beteiligten besteht, und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Natur ist."

In dem in dem Vorprozesse zwischen den Parteien ergangenen rechtskräftig gewordenen Urteil des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 27. Dezember 1894[1]) ist davon ausgegangen, daß nach dem Parteivorbringen nur bestritten sei, ob und inwieweit die Ausübung des klägerischen Fischereirechts durch den von den Beklagten K. und A. für sich in Anspruch genommenen Gemeingebrauch an dem öffentlichen Flusse der Fils beschränkt werde, und daß es sich nicht darum handle, ob dem Kläger vermöge des Inhalts seines Fischereirechts die privatrechtliche Befugnis zustehe, den erwähnten Gemeingebrauch, soweit die Beklagten Kies und Sand auch von überschwemmten Strecken der Fils gewinnen wollen, den Beklagten zu verbieten. Demgemäß und in Erwägung, daß es sich bei dieser Beschaffenheit des Streitverhältnisses lediglich um die Anwendung der dem öffentlichen Recht angehörigen Grundsätze über den Umfang der aus dem Gemeingebrauch abgeleiteten Befugnisse und über deren Verhältnis zu anderweiten Nutzungsarten an öffentlichen Gewässern handle, ist das Oberlandesgericht zu dem Ausspruch der Unzulässigkeit des Civilrechtswegs gelangt. Dieser Auffassung des bürgerlichen Gerichts beitretend, hatte der Verwaltungsgerichtshof seine Zuständigkeit zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits insoweit anzuerkennen, als in diesem, wie in dem vorausgegangenen Prozesse der Parteien, nach dem Parteivorbringen darüber Streit ist, in welcher Weise gegenüber dem Fischereirecht des Klägers, das

1) Die Entscheidung ist in Band VIII, S. 202 der Jahrbücher abgedruckt (Red.).

in dem in erster Instanz einverlangten Auszug aus dem Güterbuch der Gemeinde Kuchen einfach als „Recht zum Fischfangen" bezeichnet ist, der von den Beklagten für sich beanspruchte Gemeingebrauch an dem öffenlichen Flusse nach den Normen des öffentlichen Rechts beschränkt ist.

In den vom Kläger selbst (mit Umgehung seines Prozeßbevollmächtigten) im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingereichten Schriftsätzen finden sich allerdings Ausführungen, welche der Annahme Raum geben, daß er von dem Vorbringen in dem Vorprozesse abweichend weitergehende Beschränkungen des Gemeingebrauchs auf Grund eines aus dem besonderen Inhalt seiner Fischereigerechtigkeit, wie sie erworben und ausgeübt worden sei, abgeleiteten Verbietungsrechts geltend gemacht wissen wolle. Die Verwaltungsgerichte sind darum nicht gehindert, darüber zu entscheiden, welchen Beschränkungen der von den Beklagten beanspruchte Gemeingebrauch nach den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Normen gegenüber der Fischereiberechtigung des Klägers unterliegt, wobei in Uebereinstimmung mit dem Urteil des Oberlandesgerichts davon ausgegangen werden darf, daß das Fischereirecht des Klägers (wie dieser auch in der Klagschrift behauptet) privatrechtlicher Natur ist [1]). Ueber die Entstehung desselben läßt sich übrigens, was hier bemerkt werden will, den dem Verwaltungsgerichtshof vorliegenden Akten nicht, wie der Kläger behauptet und das Oberlandesgericht angenommen hat, entnehmen, daß dasselbe von Anfang an von der Reichsstadt Ulm als vererbliches Recht verliehen gewesen wäre; vielmehr lauten die Auszüge aus dem Saalbuch von Kuchen von 1734, worin die beiden Strecken des Fischwassers beschrieben sind, dahin, daß die Fischwasser auf Lebenszeit verliehen seien und im Fall einer Veränderung in der Person des Beliehenen heimfallen und anderweitig verliehen werden. Laut des von dem Kläger in dieser Instanz zu den Akten gegebenen Ablösungs-

1) Der Unterrichter hatte angenommen, daß das Fischereirecht des Klägers öffentlich-rechtlicher Natur sei (Red.).

vertrags vom 17. November 1828 sind von der einen Strecke des Fischwassers die Laudemien, die bei jedem Veränderungsfalle zu reichen waren, abgelöst worden und hat dasselbe die „Eigenschaft eines gemeinen Zins- und Gültguts angenommen", aus dem ein jährlicher „Rechtnutz" von 4 fl 45 kr. zu bezahlen war, welche Leistung im Jahre 1844/45 zur Ablösung gebracht wurde.

Soweit nun der Kläger im jetzigen Prozesse auf Grund eines aus dem besonderen Inhalt seiner Fischereiberechtigung abgeleiteten Verbietungsrechts eine weitergehende Beschränkung des Gemeingebrauchs, als sich aus den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Normen ergiebt, geltend zu machen gemeint ist, ist seine Klage wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abzuweisen[1]).

3) Zur Sache beantragt der Kläger die Untersagung bestimmter, auf Gewinnung von Kies und Sand aus dem Flußbett der Fils auf Markung Kuchen gerichteter Hantierungen, nämlich der Entnahme von überschwemmtem (unter Wasser liegendem) Kies und Sand, ferner des Baggerns im Flußbett mit der Baggerschaufel und des Fahrens mit Wagen in demselben zur Abfuhr. Zur Begründung dieses Anspruchs hat der Kläger ausgeführt, daß die von den Beklagten K. und A. seither betriebene Art der Ausbeutung des Flusses schon an sich die Grenzen einer berechtigten Ausübung des Gemeingebrauchs überschreite, jedenfalls aber gegenüber dem Sonderrecht des Fischereiberechtigten, in dessen Ausübung sie störend und sehr nachteilig eingreife, unstatthaft sei.

Das Verhältnis zwischen dem Fischereirecht und der Nutzung des Kies- und Sandschöpfens ist durch die öffentlich-rechtliche Bestimmung des Art. 8 des Fischereigesetzes vom 27. November 1865 geregelt. In dieser Gesetzesbestimmung ist vorgeschrieben, daß während der Laichzeit der Forellen und Salmenarten (und der Treischen) das Uferholzhauen und die Vornahme nicht dringlicher Uferbauten an Fischwassern, sowie das Mähen von Schilf und Gras und

1) Vgl. v. Pfizer im Württ. Gerichtsblatt VI, S. 179 ff.

das Sammeln und Ausführen von Steinen, Sand und Schlamm in denselben zu unterbleiben habe; daß übrigens die Gemeindebehörden im einzelnen Fall, sofern ein Bedürfnis hiezu hervortrete, nach Vernehmung der Fischereiberechtigten befugt seien, Erlaubnis zu Ausnahmen von diesem Verbot zu erteilen. Die Beschränkung der Kies- und Sandgewinnung während der Laichzeit der das Fischwasser des Klägers bevölkernden Forellen- und Salmenarten ist von den Beklagten anerkannt und nicht Gegenstand des Streits. In dieser Vorschrift hat aber das Gesetz das der Fischerei zu gewährende Maß von öffentlich-rechtlichem Schutz gegen die Entnahme von Sand und Kies aus den Fischwassern abgegrenzt und abgeschlossen. Wäre die Absicht der gesetzgebenden Faktoren dahin gegangen, daß die Nutzung der Kies- und Sandgewinnung im Falle der Kollision mit dem Nutzungsrecht des Fischers diesem, sobald sie für die Ausübung der Fischerei nachteilig wäre, auch außerhalb der Laichzeit zu weichen habe, so wäre nicht einzusehen, wie die gesetzgebenden Faktoren in Absatz 2 des Art. 8 die Anordnung treffen konnten, daß selbst während der Laichzeit, in welcher derartige Hantierungen im Flußbette für die Fischerei am nachteiligsten sind, dieselben — „nach Vernehmung der Fischereiberechtigten", also selbst im Widerspruch mit diesen — gestattet werden dürfen. Somit ergiebt schon der Wortlaut des Art. 8, daß das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen den beiden in Frage stehenden Nutzungsarten hier erschöpfend geregelt ist.

Zu demselben Ergebnis führt aber auch unzweifelhaft die Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Art. 8.

In dem Entwurf des Fischereigesetzes war eine Regelung des „Sammelns und Ausführens von Steinen, Sand und Schlamm" nicht enthalten, wie eine solche auch in der Fischordnung von 1615, der Landesordnung von 1621 Tit. 67 und der Fischereiordnung von 1719, an deren Stelle das Fischereigesetz vom 27. November 1865 zufolge seines Artikels 16 getreten ist, nicht oder nicht ausdrücklich vorge-

sehen war; höchstens könnte die allgemein lautende Vorschrift in § 23 der Fischereiordnung von 1719 hieher bezogen werden. Die Motive zu Art. 8 des Entwurfs führten an, es werde weitere Rechtfertigung nicht erfordern, daß auf das Verbot der Viehweide an Fischwassern zur Laichzeit, desgleichen des Badens an gewissen Stellen dieser Wasser, sowie auf die Beschränkung des Rechts zur Ueberfahrt und zum Durchschreiten der Fischwasser (§§ 42, 20, 23 der Fischereiordnung von 1719) als nicht mehr zeitgemäß nicht wieder zurückgegriffen worden sei.

Bei der Beratung in der Ständeversammlung beantragte die Kommission der Kammer der Standesherren die Einschaltung der Worte: „und das Sammeln und Ausführen von Steinen, Sand und Schlamm" mit der Begründung: die Forellen- und Salmenarten streifen bekanntlich ihren Laich an sandigen und steinigen Stellen ab und sehr häufig werde die Forellenbrut durch Steinlesen und Sandausführen aus den Bächen und Flüssen ganz zu Grunde gerichtet; es dürfte daher auch dieses Umstauds im Gesetze erwähnt sein. Dieser Antrag ist sodann ohne weitere Debatte in der Sitzung der Kammer der Standesherren vom 1. Dezember 1863 angenommen worden [1]).

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten beantragte, dem Zusatze nicht beizutreten, indem sie zu dem Art. 8 des Entwurfs ausführte: es könne wohl nicht in Abrede gezogen werden, daß dieser Artikel eine nach Umständen nicht unerhebliche Beschränkung des Eigentums in sich schließe; insofern jedoch anerkannt werden müßte, daß dieselbe durch den Zweck des Gesetzes erheischt werde, und da dieselbe dem schon bestehenden Rechte entspreche, so trete die Kommission dem Gesetzesentwurfe bei, welcher die Möglichkeit der Dispensation in solchen Fällen zulasse, in welchen die Eigentumsbeschränkung außer Verhältnis stehen sollte mit den Rücksichten auf die Fischerei. L e t z t e r e s s c h e i n e i h r z u z u-

1) (Verhandl. der Kammer der Standesherren 1862/64, I. Beil.-Band S. 171. I. Prot.-Band S. 47.)

treffen bei den im Zusatze der Kammer der Standesherren aufgeführten Fällen, bei welchen es sich leicht um größere Interessen handeln könne als die der Fischerei. Wenn daher die Kommission beantrage, den von dem jenseitigen Hause beschlossenen Zusatz zu Artikel 8 nicht anzunehmen, so habe sie daran zu erinnern, daß es sich in diesem Gesetze nur von den polizeilichen Anordnungen handle, von welchen die privatrechtlichen Verhältnisse in keiner Weise berührt werden [1]).

Die Kammer der Abgeordneten trat diesem Antrage bei; bei der Beratung wurde von einem Redner zur Sprache gebracht (II. Prot.-Band S. 1270): „mit dem Weglassen des Zusatzes könne selbstverständlich den privatrechtlichen Ansprüchen und den privatrechtlichen Einsprachen nicht vorgegriffen werden; das Obertribunal habe in einem Spezialfall sich ausgesprochen, daß auch das Sandschöpfen privatrechtlicher Natur sein könne, und ebenso das Verbot des Sandschöpfens aus einem Flusse; was die Kommission zu Art. 12 bemerkt habe, daß nämlich die privatrechtlichen Befugnisse vollständig aufrecht erhalten bleiben und durch dieses Gesetz nicht beeinträchtigt werden sollen, solle auch von diesem Artikel gelten."

Die Kammer der Standesherren beharrte jedoch auf ihrem Beschlusse; und nunmehr beantragte die Kommission der Kammer der Abgeordneten den Beitritt, indem sie ausführte (I. Beil.-Band, 3. Abt. S. 2690): „allerdings werde nicht in Abrede zu ziehen sein, daß durch Steinlesen und Sandausführen während der Laichzeit die Forellenbrut in hohem Grade und mehr noch als durch das Mähen von Schilf und Gras gefährdet werde. Wenn nun mit Rücksicht auf die Fischzucht dieses, sowie das Uferholzhauen und die Vornahme nicht dringlicher Uferbauten untersagt werde, obgleich damit eine wichtigere Beschränkung des Eigentums verbunden sei, als mit dem Verbot des Sammelns und Ausführens von Steinen, Sand und Schlamm, so werde man konsequenter Weise und mit Rücksicht auf den

1) (Verh. der Kammer der Abgeordneten 1862/65 I. Beil.-Band, 2. Abt. S. 1727.)

beabsichtigten Zweck auch letzteres untersagen, und sich mit dem Zusatzantrag des anderen Hauses einverstanden erklären müssen; es werde hiebei auch in Betracht kommen, daß die Laichzeit der Forellen- und Salmenarten in eine Zeit — November bis Januar — falle, in welcher das Sandausführen aus Bächen und Flüssen weniger häufig als im Frühjahr und Sommer geschehe, und daß nach dem Entwurfe die Gemeindebehörden befugt seien, in dringenden Fällen Ausnahmen von dem Verbote zu gestatten."

Daß überhaupt die Tendenz des Gesetzes vom 27. November 1865 nicht dahin geht, den Fischereiberechtigten ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung anderweiter Wassernutzungen den öffentlich-rechtlichen Schutz gegen nachteilige Einwirkung von Seite anderer Nutzungsberechtigten zur Verfügung zu stellen, ist auch aus anderen Bestimmungen des Gesetzes erkennbar, insbesondere aus Art. 13, wonach die Verunreinigung der Fischwasser durch schädliches Abwasser, oder durch sonstige, die Fische gefährdende Abfälle gewerblicher Einrichtungen möglichst zu vermeiden, und bei der polizeilichen Kognition über die Einrichtung solcher Anstalten das Interesse der Fischerei, insbesondere durch Anwendung von Schutzmaßregeln gegen Verunreinigung der Fischwasser zu wahren ist, *sofern solche Schutzmaßregeln ohne unverhältnismäßige Belästigung ausgeführt werden können.* Die Einleitung der Abwasser beruht nach dem geltenden Recht gleichfalls auf dem Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern. Auf dem gleichen Standpunkt der Abwägung der wirtschaftlichen Bedeutung steht der Art. 16 des Entwurfs eines Gesetzes über die Benützung der öffentlichen Gewässer; nur daß er den benachteiligten Fischereiberechtigten Entschädigungsansprüche zuspricht. Außerdem sieht der Artikel 6 dieses Entwurfes vor, wie über die Art und Weise der Ausübung des Gemeingebrauchs durch Entnahme von Sand und Kies polizeiliche Anordnungen und Vorschriften *auch mit Rücksicht auf die Fischerei* sollen erlassen werden können.

4) Nach dem Ausgeführten ist der Anspruch des Klägers, soweit er darauf gerichtet war und ist, daß den Beklagten bezw. nun dem Beklagten A. auch außerhalb der Laichzeit der Forellen ꝛc. die Kies- und Sandgewinnung mittelst Entnahme von überschwemmtem Material, mittelst Anwendung der Baggerschaufel und mittelst Fahrens mit Wagen im Flusse, untersagt werden soll, vom Standpunkte der öffentlich-rechtlichen Normen des Fischereigesetzes nicht gerechtfertigt. Auch die Berufung auf die unter Beweis gestellte Thatsache, daß seit unvordenklicher Zeit in der Fils auf Markung Kuchen niemals überschwemmter Kies geholt und niemals gebaggert worden sei, kann dem Kläger nicht zu statten kommen, da, wenn dem auch so wäre, der Gegenpartei nicht verwehrt werden könnte, nach ihrem Bedürfnis die dem gemeinen Gebrauch anheimgegebene Nutzung des Kies- und Sandschöpfens für sich auszuüben. Soweit aber der Kläger aus diesem angeblichen Herkommen ein — auf unvordenklicher Verjährung gegründetes — privatrechtliches Verbietungsrecht ableiten und geltend machen wollte, ist, wie oben bemerkt, der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen und bleibt dem Kläger die Betretung des Zivilrechtswegs, falls er hievon einen Erfolg erhofft, überlassen. Daraus, daß der Kläger die künstliche Fischzucht betreibt, sind den Beklagten weitere Verpflichtungen nicht erwachsen.

5) Wenn somit, wie bisher gezeigt worden ist, vom Standpunkt des Fischereigesetzes die vom Kläger geltend gemachten Beschränkungen der Kies- und Sandnutzuug und speziell der Kies- und Sandnutzung, welche auf dem Gemeingebrauch an dem öffentlichen Gewässer, wie er von den Beklagten in Anspruch genommen worden ist, beruht, abzulehnen sind, so blieben doch die Beklagten und bleibt der Beklagte A. andererseits an die aus dem Wesen des Gemeingebrauchs selbst sich ergebenden Beschränkungen in Bezug auf die Art und den Umfang seiner Ausübung gebunden. Der Beklagte A. kann einen mit der Fischereiberechtigung des Klägers kollidierenden Gemeingebrauch an dem Flusse nur insoweit in Anspruch nehmen,

als ihm der Gemeingebrauch wirklich zusteht und vermöge eigenen Rechts zustehen kann. In dem Wesen des Gemeingebrauchs liegt es aber, daß derselbe nur in der Weise und in dem Umfang ausgeübt werden darf, daß den übrigen Gemeingebrauchsbeteiligten die Möglichkeit gleicher Benützung gewahrt bleibt. Von diesem Standpunkt kann auch eine an sich berechtigte Ausübung des Gemeingebrauchs zu einer unberechtigten werden, wenn sie über die Grenze des persönlichen Gebrauchs und eigenen wirtschaftlichen Bedarfs hinausgehend den Charakter einer gewerbsmäßigen Ausbeutung des öffentlichen Flusses annimmt. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu dem Fischereiberechtigten, dessen Fischereibetrieb bei der von den Beklagten in Anspruch genommenen intensiveren Kiesnutzung in höherem Grade als bei normaler Beschränkung auf den Bedarf der eigenen Wirtschaft gefährdet ist. Mit Recht hat daher der vorige Richter ausgesprochen, daß den Beklagten die Entnahme von Kies und Sand nur zu den Zwecken des Bedarfs der eigenen Wirtschaft — unter Ausschluß der — für den Fischereibetrieb des Klägers nachteiligeren — Entnahme „zu gewerblichen Zwecken" gestattet sei (vgl. Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1896 S. 196 ff.). Hieraus ergab sich für den Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung, daß einerseits — unter Zurückweisung der Hauptberufung der Beklagten — an der in dem angefochtenen Urteil festgesetzten Beschränkung des Kies- und Sandschöpfens auf den eigenen wirtschaftlichen Bedarf festzuhalten, andererseits aber — unter Zurückweisung der Anschlußberufung des Klägers — zu erkennen war, daß die Ausübung des Gemeingebrauchs, soweit sie das Maß des eigenen Bedarfs nicht überschreitet, einer weiteren Beschränkung, als der in Art. 8 des Fischereigesetzes festgesetzten, und insbesondere der vom Kläger geltend gemachten Beschränkung auf Entnahme von trocken liegendem Material nicht unterworfen sei. Mit dieser Entscheidung wird jedoch von dem Verwaltungsgerichtshof der Erledigung der Frage nicht vorgegriffen, ob etwa nach den örtlichen Verhältnissen

von den Verwaltungsbehörden, ohne daß der Kläger ein Recht darauf hat, die Ausübung des Gemeingebrauchs der Kies- und Sandgewinnung in dem Flußbett auf der Markung Kuchen einer, zugleich den Interessen des Klägers mehr entsprechenden, näheren Regelung unterworfen werden kann, wie auch darüber nicht entschieden wird, inwieweit der Gemeingebrauch der Einzelnen durch ein der Gemeinde Kuchen selbst zustehendes Nutzungsrecht beschränkt ist.

In thatsächlicher Beziehung ist aus dem in dieser Instanz eingeforderten Berichte des Schultheißenamts Kuchen vom 29. Juni d. J. anzuführen: Das oberhalb der Filsbrücke gelegene Kiesbett, aus dem die Gemeinde seit langer Zeit ihren Bedarf an Kies zur Straßenunterhaltung und an Sand für die Gemeindebauten gewinnt, ist im Jahre 1874 dadurch, daß die Gemeinde einen Weg zu demselben erwarb, allgemein zugänglich gemacht worden. Bezüglich der Entnahme von Sand (Kies wurde, da diesen die Gemeinde selbst nötig hatte, in der Regel nicht abgegeben) wurde durch Beschluß der bürgerlichen Kollegien vom 18. August 1874 bestimmt, daß jeder Einwohner das Recht, den für seine Bedürfnisse erforderlichen Sand unentgeltlich zu gewinnen, haben solle, wogegen, wenn Bauhandwerker den Sand zu ihrem Geschäfte verwenden und verwerten, für eine 2spännige Fuhr 12 kr., für eine 4spännige Fuhr 24 kr. an die Gemeindekasse zu bezahlen seien. Am 15. Januar 1883 beschloß der Gemeinderat, daß künftig jeder, der Sand bedürfe, zuerst beim Schultheißenamt unter Angabe des für ihn nötigen Quantums Anzeige zu machen und die Erlaubnis einzuholen habe. Am 13. April 1895 erließ das Schultheißenamt an die Einwohnerschaft die Bekanntmachung, daß das Holen von Sand und Kies aus dem Kiesbett oberhalb der Filsbrücke nur nach vorheriger Anzeige bei dem Ortsvorsteher gestattet sei und eine Erlaubnis erst dann erteilt werden könne und werde, wenn der Wasserstand mehr zurückgegangen sei und wenn der Frohnmeister den Bedarf für die Gemeinde gedeckt haben werde. Wie aus den angeführten Verfügungen her-

vorgeht, beziehen sich dieselben nur auf das oberhalb der Filsbrücke gelegene Kiesbett. Der Streit, den die Partien mit einander geführt haben, bezieht sich überhaupt auf die im Fischwasser des Klägers befindlichen Kiesansammlungen; es sind deren drei näher bezeichnet worden; unerheblich ist, auf welcher einzelnen Kiesablagerung die Beklagten die Kies- und Sandgewinnung in dem von ihnen beanspruchten Maße thatsächlich ausgeübt haben.

6) Nach dem Ausgeführten war in der Hauptsache, ohne daß auf den Einzug der von den Partien angetretenen Beweise einzugehen war, so, wie geschehen, zu erkennen.

Anlangend die Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung des Beklagten A. gegen das im Urteil ausgesprochene Verbot, so hat der Verwaltungsgerichtshof — unbeschadet der gleichzeitigen Anwendbarkeit der polizeilichen Strafbestimmung in Artikel 39 Ziff. 2 des Gesetzes vom 27. Dezember 1871, insoweit dieselbe zutrifft — es für angemessen erachtet, dem Antrag des Klägers auf Aufnahme einer Exekutivstrafandrohung gemäß Art. 6 des Gesetzes vom 18. August 1879 über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche und § 775 Civilprozeßordnung Folge zu geben.

Urteil vom $\frac{\text{29. September}}{\text{6. Oktober}}$ 1897 in der Berufungssache des Bauunternehmers Konrad Kurz in Salach, nun dessen Erben, und des Bauers Michael Albrecht in Kuchen gegen den Fischer Jakob Gunzenhauser in Kuchen.

Litterarische Anzeigen.

Das B.G.B. ruft eine Hochflut von litterarischen Erzeugnissen hervor. Dem Einsender liegen mehrere Erscheinungen aus dem Verlag von Otto Liebmann in Berlin vor, die eine Erwähnung verdienen. Die Liliput-Ausgabe des B.G.B. (600 S., geb. 1 M.) kann in der Westentasche getragen werden, der Druck ist gut leserlich. Von dem Werk: **„Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen"** von Dr. Georg Cohn in Zürich sind 2 Teile (I. Allg. Teil, II. Recht der Schuldverhältnisse: Preis 2 und 3 M.) erschienen. Das Buch hat den Zweck „den Inhalt des B.G.B. leichter dem Gedächtnis einzuprägen". Ein Teil der Sprüche entspricht diesem Zweck z. B. (zu § 94 Abs. 2 und § 593 Abs. 3) „Des Gutes Mist Des Gutes ist" oder (zu § 702 Abs. 2): „Stiehlt der Knecht, so zahlt der Wirt", ein anderer Teil weniger z. B. (zu § 553): „discite moniti" oder (zu § 554 Abs. 1): „Eine Tochter frißt die Mutter nicht allein, aber zu zweien": hier ist aus den Sprüchen der Inhalt des Gesetzes nicht wohl zu erraten; das ganze ist in Grund mehr eine anregende und zum Teil geistreiche Spielerei als ein praktisch nützliches Hilfsmittel. Sehr zu empfehlen zur Einführung in das B.G.B. ist: Buchka: **Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht** (Liebmann, geb. 9 M.), eine kurzgefaßte, klare, systematische Darstellung des Inhalts des B.G.B. unter steter Vergleichung mit dem gemeinen Recht, an deren Hand man sich weit leichter in das Recht des B.G.B. hineinarbeitet als wenn man lediglich den Text des B.G.B. vor sich hat und selbst den systematischen Zusammenhang und die Uebereinstimmung mit oder Abweichung von dem bisherigen Recht feststellen muß; das Studium dieses Werks wird den Praktiker weit mehr fördern als das Anhören der jetzt überall gehaltenen Vorträge.

Ein ganz im Stil der bisherigen Pandektenlehrbücher gehaltenes Buch ist das **„Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B."** von Cosack (Jena, Fischer, 1. Band 1. Abt., Die allg. Lehren und den allg. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse enthaltend, Preis: 7 M.), eingehend und klar geschrieben, mit Beispielen.

Auch Monographieen über einzelne Lehren des B.G.B. fehlen

nicht, so: „**Das Miet- und Pachtrecht nach dem B.G.B.** zum praktischen Gebrauch bearbeitet von A. Fränkel". (Liebmann, Preis 3 M.), eine populär gehaltene, gutgeschriebene Darstellung dieses allgemein interessierenden Rechtsverhältnisses unter Einbeziehung der „Einbringung von Sachen bei Gastwirten"; auch die einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Teils sind herangezogen; manche Sätze sind anfechtbar z. B. in § 6 S. 11: nachträgliche Aenderungen eines schriftlichen Mietvertrags müssen in Betreff wesentlicher Erfordernisse schriftlich erfolgen, auch wenn die Schriftform weder durch Gesetz noch durch Rechtsgeschäft vorgeschrieben sei. „**Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem B.G.B.**" behandelt Hirsch (Kohlhammer, Preis M. 1.50.) in Form eines Kommentars zu den §§ 1705—1718 B.G.B.; die Schrift, der eine „Tabelle zur Berechnung der Empfängniszeit" angehängt ist, wird namentlich der amtsgerichtlichen Praxis willkommen sein.

Die schon jetzt in Geltung getretenen Bestimmungen des neuen H.G.B. über die **Konkurrenzklausel** bilden den Gegenstand einer kleinen aber gründlichen, gutgeschriebenen Abhandlung von Steiner (Süddeutsches Verlagsinstitut, Preis 80 Pf.), die der Praxis bei Auslegung des Gesetzes von Nutzen sein wird.

In vierter Auflage erschien Mandry: **Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze**, bearbeitet von Geib (Mohr, M. 14.—. In Leinwand gebunden M. 15.—.). Das Werk, das keiner Empfehlung bedarf und auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. seine Bedeutung nicht verlieren wird, ist jetzt in Berücksichtigung der Reichsgesetze wie der einschlägigen Litteratur wieder auf den neuesten Stand gebracht und bietet auch in der neuen Gestalt eine vortreffliche, zuverlässige, systematische Darstellung des weitschichtigen Materials.

Pf.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

22.

Gültigkeit eines in Anwesenheit des Ortsvorstehers gefaßten Gemeinderatsbeschlusses, wodurch ein Aufwand auf die Gemeindekasse übernommen wird, zu dessen Tragung (vielleicht) der Ortsvorsteher verpflichtet wäre?

Der Beklagte war Schultheiß der klagenden Gemeinde von 1879 bis 1895. Im Oktober 1893 zeigte Oberamtsgeometer W. von Kirchheim dem dortigen Oberamt an, daß in dem Ergänzungsbrouillon der Gemeinde Jesingen (Handrisse pro 1830/40) seit unbekannter Zeit ein Blatt fehle, auf welchem eine größere Anzahl von Handrissen verzeichnet gewesen sei. Das Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern, sprach sich in einem Erlaß an das Oberamt auf dessen Anfrage mit Rücksicht auf die bisherige Uebung und die im gegenwärtigen Fall vorliegenden Billigkeitsgründe für die Uebernahme der Kosten der Wiederherstellung des verlorenen Blattes auf die Gemeindekasse aus, und daraufhin wurde in der vom Beklagten geleiteten Sitzung des Gemeinderats vom 20. Februar 1894 die zur Abstimmung gestellte Frage: „wer die Kosten der Ergänzung des Brouillons zu bezahlen hat, der Ortsvorsteher oder die Gemeinde"? — mit sechs gegen zwei Stimmen in letzterem Sinne entschieden.

Die Rechnung des in der Folge mit dieser Arbeit beauftragten Geometers betrug 415,40 M.

Nun beschloß der Gemeinderat, sich wegen Ersatzes dieser Kosten an den indessen von seiner Stelle abgetretenen Beklagten zu wenden. Die Klage wurde auf Nachlässigkeit des Beklagten in Verwahrung und Verwaltung der Landesvermessungsakten und dadurch verursachten Verlust des Blattes zu gründen versucht.

Die Klage ist abgewiesen worden vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Ob das Blatt, durch dessen Erneuerung der vom Beklagten ersetzt verlangte Aufwand verursacht worden ist, während der Amtszeit des Beklagten verloren gegangen, und ob dieser Verlust auf nachlässige Amtsführung des Beklagten zurückzuführen ist, kann dahingestellt bleiben, da Beklagter, wie er geltend macht, durch den gemeinderätlichen Beschluß vom 20. Februar 1894 jedenfalls von der Haftung für diese Kosten befreit worden war.

Das über diesen Beschluß aufgenommene Protokoll besagt in völlig unzweideutigem Wortlaut, daß im Gemeinderat die Frage endgültiger und nicht nur einstweiliger Uebernahme der Herstellungskosten von dem Beklagten zur Abstimmung gestellt und zu Gunsten des Beklagten von der Mehrheit der acht anwesenden Mitglieder entschieden worden sei (Art. 17 Abs. 7 des Gesetzes vom 6. Juli 1849). Dieser Beschluß würde den in Gegenwart des Beklagten erklärten und daher als von ihm stillschweigend angenommen zu erachtenden Verzicht der Klägerin auf einen ihr etwa gegen den Beklagten zustehenden Anspruch auf Ersatz der Kosten enthalten. Es ist aber auch durch dieses, vom Beklagten und den anwesend gewesenen Gemeinderatsmitgliedern unterzeichnete Protokoll[1]) der Beweis erbracht (§§ 380. 383 C.-P.O.) und durch die nach § 411 C.P.O. unzulässige Eides-

1) Zeller, Handbuch für Gemeindebehörden § 1522.

zuschiebung der Klägerin über das von ihr behauptete Gegenteil nicht zu entkräften, daß der Darstellung des Protokolls der wirkliche Vorgang entsprochen hat. Hiernach kann es sich nur darum handeln, ob die Einwendungen der Klägerin gegen die Gültigkeit des Beschlusses begründet sind.

Art. 17 Abs. 3 des Gesetzes vom 6. Juli 1849 bestimmt, daß wenn der Gegenstand der Beratung des Gemeinderats ein Mitglied oder dessen Verwandte oder Schwäger bis zum zweiten Grade einschließlich persönlich angeht, dasselbe sich der Teilnahme an der Beratung und Beschlußfassung zu enthalten habe; es besteht auch kein Zweifel, daß diese Vorschrift sich auch auf den Vorstand des Gemeinderats bezieht [1]). Dagegen bewirkt die Verletzung dieser Vorschrift nicht ohne weiteres Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses; dies wurde nicht nur bei den Verhandlungen über Erlassung jenes Gesetzes, welches sich absichtlich der Festsetzung dieser Folge enthielt, ausgesprochen, sondern entspricht auch der gegenwärtig bestehenden Rechtsanschauung [2]).

Auch vom privatrechtlichen Standpunkt aus läßt sich die Gültigkeit des in Rede stehenden Beschlusses wegen der Teilnahme des Beklagten an seinem Zustandekommen nicht beanstanden. Will man den Satz aufstellen, daß der Vertreter der juristischen Person nicht in deren Namen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschließen könne, bei welchem wechselseitige widerstrebende Interessen vorliegen, und daß daher ein Beschluß des Organs der juristischen Person nicht zu Recht bestehen könne, wenn der Wille dieses Organs unter Mitwirkung des befangenen Vertreters erklärt worden ist, so ist zu beachten, daß im gegenwärtigen Fall der Beklagte gemäß Art. 17 Abs. 5 des angeführten Gesetzes nicht mitgestimmt und beschlossen hat; er hat also die angefochtene Verfügung nicht selbst getroffen, nicht als Vertreter der

1) Entscheidung des Minist. des Innern in dessen Amtsblatt von 1885 S. 71.

2) Boscher's Zeitschrift Bd. 23. S. 381. Zeller § 1514 Württ. Jahrb. 9, 278.

Klägerin mit sich selbst kontrahiert. Für diesen Gesichtspunkt wäre auch die Thatsache unerheblich, daß der Beklagte die Beratung des Gemeinderats geleitet hat und auf diese Weise auf dessen Entschließung eingewirkt haben kann. Wollte sie aber anderweitig zur Anfechtung des gefaßten Beschlusses verwertet werden, so müßten ferner an sich zur Anfechtung von Rechtsgeschäften geeignete Momente, z. B. Arglist, behauptet und erwiesen sein.

Nicht zutreffend ist auch die andere Behauptung der Klägerin, daß der gemeinderätliche Beschluß zu seiner Gültigkeit der Zustimmung des Bürgerausschusses bedurft habe. Denn es trifft keiner der Fälle zu, in welchen § 52 des Verwaltungsedikts dieses Erfordernis aufstellt. Es handelt sich um keinen Vertrag mit einem Mitglied des Gemeinderats (§ 52, 4), da mit Uebernahme der Kosten auf die Gemeinde der Ersatzanspruch gegen den Beklagten durch einseitige Verfügung aufgegeben worden ist. Ebensowenig war „eine außerordentliche Belohnung, Verehrung oder sonstige Begünstigung" des Beklagten (§ 52, 5) beabsichtigt, da der Gemeinderat offenbar zu seinem Beschlusse durch den ihm vorliegenden Erlaß des Steuerkollegiums vom 3. Februar 1894 bestimmt wurde. Endlich stand zweifellos kein „Nachlaß einer liquiden Forderung der Gemeinde" (§ 52, 6) in Frage.

Daß der Gemeinderat schlechthin zum Widerruf seines, dem Ausgeführten zufolge gültigen Beschlusses befugt sei, hat die Klägerin selbst nicht behauptet und wäre zu verneinen, da durch den darin enthaltenen Verzicht der Beklagte die ihm nicht ohne weiteres entziehbare Befreiung von einer etwa bestandenen Ersatzpflicht erworben hat[1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 17. März 1898 i. S. Jesingen gegen Gmelin.

---

1) Boscher's Zeitschrift von 1896 S. 336.

23.

Möglichkeit der Fortgeltung einer Bestimmung eines schriftlichen Liegenschaftskaufvertrags, der im übrigen durch einen neuen Kaufvertrag ersetzt ist?

Die Parteien haben am 16. November 1896 eine Kaufvertragsurkunde unterzeichnet, wonach Beklagter an den Kläger sein Wohnhaus verkaufte. Ziff. 7 der Bedingungen lautete: „Würde am 1. Januar 1897 vom Käufer das bedungene Angeld nicht bezahlt, so hat derselbe am gleichen Tage 1000 M. Reugeld zu bezahlen". Am 18. November wurde der Kaufvertrag in einer etwas veränderten Fassung und mit veränderten Zahlungsbedingungen in das Kaufbuch eingetragen; die Ziff. 7 des früheren Vertrags war in der neuen Fassung nicht enthalten. Beklagter hat das Angeld nicht bezahlt und die Erfüllung des Kaufs verweigert, er hat Abweisung der auf Bezahlung des Reugelds gerichteten Klage beantragt, indem er geltend machte: der Vertrag vom 16. November 1896 sei durch den neuen Vertrag vom 18. November aufgehoben und damit auch die Bestimmung über das Reugeld beseitigt worden.

Kläger hat das Vorbringen des Beklagten in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung bestritten und unter Berufung auf das Zeugnis des Ratsschreibers L. behauptet, L. habe den Parteien auf dem Rathaus erklärt: die Reugeldsbestimmung gehöre nicht ins Kaufbuch, Kläger habe ja seinen Vertrag, auf den er jederzeit zurückgreifen könne.

Beklagter hat diese Aeußerung bestritten und ein entsprechendes Abkommen der Parteien als nach den Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes ungültig bezeichnet. Im Berufungsverfahren ist zu Gunsten des Klägers erkannt worden aus folgenden

Gründen:

Der Reugeldsanspruch des Klägers ist zunächst durch die Berufung des Klägers auf Ziff. 7 des Kaufvertrags vom

16. November 1896 ausreichend begründet; dem Beklagten liegt es ob, die nachträgliche Aufhebung dieser Bestimmung zu beweisen; seiner Beweispflicht hat er aber durch Berufung auf die Vertragsurkunde vom 18. November 1896 (den Eintrag ins Kaufbuch) genügt; denn es ist im Zweifel davon auszugehen, daß die Parteien eine in einer neuen, äußerlich einen vollständigen Vertrag enthaltenden Urkunde nicht wiederholte Bestimmung, die in einer früheren, dasselbe Geschäft betreffenden Urkunde enthalten war, nicht haben aufrecht erhalten wollen. Dem Kläger steht aber der Gegenbeweis offen, daß die Parteien durch die neue Vertragsurkunde die frühere nicht in vollem Umfang ersetzen, sondern die in Ziff. 7 der ersten Vertragsurkunde enthaltene Bestimmung in Betreff des Reugelds haben aufrecht erhalten wollen; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann neben einem schriftlichen Vertrag ebensowohl eine in einer früheren Urkunde niedergelegte wie eine mündliche Beredung fortdauernde Geltung haben.

Der erwähnte Gegenbeweis ist vom Kläger erbracht. (Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:) Ist nach dem Ausgeführten außer Zweifel, daß zur Zeit der Unterzeichnung des Eintrags im Kaufbuch die Parteien darüber einig waren, daß die Bestimmung in Betreff des Reugelds nach wie vor zu Recht bestehe, so fragt sich nur noch, ob dieser Fortbestand mit den Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes vereinbar ist. Das ist zu bejahen.

Die fragliche Bestimmung stellt sich als eine „Nebenberedung" im Sinne des Liegenschaftsgesetzes dar, d. h. als eine Einigung über einen außerwesentlichen Punkt, der nicht bloß äußerlich mit dem Liegenschaftskauf zusammenhing, sondern in innerer Beziehung zu ihm stand. Sie war in dem Vertrag vom 16. November 1896 schriftlich fixiert und unterzeichnet, somit in giltiger Weise getroffen. Dadurch, daß der sonstige Inhalt der Vertragsurkunde vom 16. November 1896 durch den Inhalt des Kaufbucheintrags ersetzt wurde, ist die fragliche Ziff. 7 jener Urkunde nicht aufgehoben worden, sofern — wie gezeigt — die vertragschließenden

Teile deren Aufhebung nicht gewollt haben. Es ist zweifellos ganz wohl möglich, einen Teil der Bestimmungen eines Vertrags durch Bestimmungen, die in einer andern Urkunde niedergelegt werden, zu ersetzen, während hinsichtlich des andern Teils die ursprüngliche Vertragsurkunde maßgebend bleibt, und auch in Betreff der unter das Liegenschaftsgesetz fallenden Verträge ist ein derartiges Vorgehen der Kontrahenten — jedenfalls in Betreff der Nebenberedungen — zulässig; es ist keineswegs erforderlich, daß die Nebenberedungen in derselben Vertragsurkunde enthalten sind, die die wesentlichen Bestandteile des Vertrags wiedergiebt, das Gesetz verlangt nur, daß die Nebenberedungen schriftlich abgefaßt und von den Vertragschließenden unterzeichnet sind; dem kann auch eine in einer selbständigen Urkunde niedergelegte Nebenberedung genügen. Diesen Erfordernissen genügt auch die in Ziff. 7 des Vertrags vom 16. November 1896 enthaltene Nebenberedung, die dadurch, daß der übrige Teil des Vertrags durch einen andern Vertrag ersetzt wurde, nicht von selbst mitaufgehoben worden ist und deren Aufhebung die Parteien nicht beabsichtigt haben; sie ist nach wie vor schriftlich abgefaßt, mit Datum und Unterschrift der Vertragschließenden versehen. Da es keiner besonderen Vereinbarung der Parteien bedurfte, wenn die fragliche Vertragsbestimmung fortgelten sollte, die fortdauernde Geltung vielmehr sich von selbst verstand, wenn nicht ihre Aufhebung vereinbart wurde, so handelt es sich nicht um die Frage, ob eine in Betreff dieser fortdauernden Geltung getroffene Vereinbarung der Parteien der schriftlichen Form bedurft hätte. Auch kann dahingestellt bleiben, wie es sich mit der Gültigkeit der Reugeldsbestimmung verhalten würde, wenn die Parteien zwar deren Fortgeltung beabsichtigt, aber die ganze Vertragsurkunde vom 16. November vernichtet (z. B. verbrannt oder durchstrichen) hätten; in Wirklichkeit ist ja diese Urkunde äußerlich unverändert geblieben und ihr Inhalt ist nur zum Teil durch anderweite, ins Kaufbuch eingetragene Bestimmungen ersetzt, zum Teil aber nach wie vor in Kraft geblieben.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. November 1897 in Sachen Bührer gegen Obermüller.

24.

Zur Auslegung des Art. 34 und 35 des Gesetzes vom 14. März 1853 betr. die veränderte Einrichtung der allgemeinen Brandversicherungsanstalt.

Der Kläger ist Eigentümer des Gebäudes Nr. 51 in Gl., bestehend aus Wohn- und Wirtschafts-Gebäude und einem — mit diesem unter einem Dach zusammengebauten — Oekonomie-Gebäude. In der Nacht vom 27.—28. Febr. 1896 ist in diesem Haus ein Brand ausgebrochen, wodurch der Wohnhausteil beschädigt, der Scheuernteil vollständig zerstört worden ist. Mit Erlaß vom 27. April 1896 hat der Verwaltungsrat der beklagten Gebäudebrandversicherungsanstalt, bei welcher das Gebäude gegen Brandschaden versichert ist, dem Kläger eine Entschädigung von zus. 8767 M. bewilligt und das Oberamt R. zu deren vorschriftsmäßiger Zahlungsanweisung ermächtigt.

Der Kläger, welcher an Stelle des abgebrannten Gebäudeteils einen Neubau mit teilweise veränderter Grundfläche und Einrichtung herzustellen beabsichtigte, hat zunächst bei dem Verwaltungsrat der Beklagten um Erteilung der Dispensation von der Vorschrift der Art. 34 und 35 des Gesetzes vom 14. März 1853 nachgesucht; ist jedoch mit diesem Gesuch abschlägig beschieden worden.

Inzwischen hat derselbe den projektierten Neubau thatsächlich erstellt, und sodann, nachdem sein Gesuch, die Entschädigungssumme von 8767 M. zur Zahlung anzuweisen, abgelehnt worden war, Klage gegen die Beklagte auf Bezahlung der 8767 M. erhoben.

Im Berufungsverfahren ist nach dem Klagantrag erkannt worden aus folgenden

Gründen:

Das in Frage stehende Gebäude des Klägers, welches Wohnhaus und Scheuer unter der Gesamtbezeichnung Nr. 51 umfaßt, ist als ein Ganzes anzusehen. Dies ergiebt sich von selbst aus der baulichen Zusammengehörigkeit der beiden Gebäudeteile, welche unter einem Dache zusammengebaut sind und gemeinschaftliche Umfassungswände haben. Daß sie zur Brandversicherung je selbständig eingeschätzt sind, erklärt sich zur Genüge daraus, daß sie früher hinsichtlich ihrer Feuergefährlichkeit verschiedenen Klassen (III. bezw. IV. Klasse) angehörten: vergl. § 11 der K. Vollziehungsverordnung vom 14. März 1853. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß Scheuer und Wohnhaus im Innern durch eine feuerfeste Wand von einander geschieden sind; zumal da diese Scheidung, wie der Bauplan ausweist, keine vollständige, sondern durch eine Oeffnung, die einen Durchgang im Innern des Gebäudes ermöglichte, unterbrochen war. Im übrigen hat der Verwaltungsrat der Beklagten selbst durch seinen Erlaß vom 27. April 1896, worin er dem Kläger „für das Wohn- und Oekonomie-Gebäude Nr. 51, und zwar für den abgebrannten Scheuerntheil, und ebenso für den beschädigten Wohnhaustheil" eine Entschädigung verwilligte, zu erkennen gegeben, daß auch er Scheuer und Wohnhaus nur als Teile des Gebäudes Nr. 51 betrachte.

Nachdem nun das so versicherte Gebäude in der Nacht vom 27./28. Februar 1896 durch Feuer zu einem Teil vollständig zerstört, in dem andern Teil beschädigt worden ist, hat der Kläger gemäß Art. 3 und 24 des cit. Gesetzes einen an sich begründeten Anspruch auf Entschädigung nach Maßgabe der bestehenden Versicherung und der gesetzlichen Bestimmungen. Auch über die Höhe der eventuell zu leistenden Entschädigung ist kein Streit unter den Parteien, und es hat demgemäß der Verwaltungsrat der Beklagten mit Erlaß vom 27. April 1896 ausgesprochen und dem Kläger eröffnen lassen, daß ihm eine Entschädigung von zus. 8767 M. bewilligt und das K. Oberamt zu deren vorschriftsmäßiger Zahlungsanweisung ermächtigt sei. Damit hat die Beklagte

zwar ihre Entschädigungspflicht dem Grunde nach anerkannt; ein Anerkenntniß unbedingter Zahlungspflicht liegt aber nicht vor, da sie durch die Bemerkung: das Oberamt sei zu vorschriftsmäßiger Zahlungsanweisung ermächtigt, deutlich genug den Vorbehalt zum Ausdruck bringt, daß die endgültige Auszahlung der ausgeworfenen Summe noch von der Einhaltung und Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften abhänge.

Solche besonderen Vorschriften und Voraussetzungen sind für die Auszahlung der von der Brandversicherungsanstalt zu leistenden Entschädigungsgelder durch die Art. 33—38 des Gesetzes vom 14. März 1853 aufgestellt.

Das Gesetz verfolgt hiebei, wie aus seinen Vorarbeiten ersichtlich und in einer früheren Entscheidung des Oberlandesgerichts[1]) näher dargelegt ist, den Zweck, einerseits dem Anreiz zu gewinnsüchtiger Brandlegung thunlichst entgegenzuwirken, andererseits im allgemeinen, staatswirtschaftlichen Interesse den Wiederaufbau abgebrannter Gebäude zu fördern. Zur Erreichung dieses doppelten Zweckes sind in den bez. Gesetzesartikeln dem Besitzer des abgebrannten Gebäudes hinsichtlich der Ausübung seines Entschädigungsanspruchs verschiedene Beschränkungen auferlegt, wodurch die Verwendung der Entschädigungsgelder zur Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes sichergestellt werden soll, indem die Auszahlung dieser Gelder mit der Thatsache des Wiederaufbau's in Verbindung gebracht und von dieser abhängig gemacht ist. Demgemäß ist in Art. 38 bestimmt, daß der Entschädigungsanspruch überhaupt verloren geht, wenn nicht der Wiederaufbau binnen einer bestimmten Frist erfolgt. In Art. 33 ist bestimmt, daß die Auszahlung der Entschädigungsgelder nur „nach Maßgabe des Fortschritts des Wiederaufbau's" erfolgen soll. In Art. 34 ist bestimmt: daß die Gelder vollständig „zur Wiederherstellung der Gebäude" zu verwenden seien; und in Art. 35 ist für die Art und Weise der Wieder-

---

1) Württ. Jahrb. Bd. VII S. 266 f.

herstellung eine spezielle Norm gegeben durch die Vorschrift, daß das neue Gebäude in der Regel auf dem Platz, „worauf es gestanden", zu erbauen sei.

Demzufolge ist auch für den vorliegenden Fall erheblich, ob die beschädigten Gebäudeteile des Klägers in gesetzlicher Weise wiederhergestellt worden sind? Von der Beklagten wird diese Frage verneint, da das jetzt erstellte Gebäude des Klägers mit Rücksicht auf die teilweise veränderte Baustelle und die abweichende Einteilung und Zweckbestimmung des Raums nicht als Wiederherstellung des alten Gebäudes, sondern als ein von diesem verschiedenes Gebäude anzusehen sei und auch die dießfalls erforderliche Dispensation von dem Verwaltungsrat, wie unbestritten, nicht erteilt worden sei.

Andererseits hat der Kläger geltend gemacht, daß es einer solchen Dispensation überhaupt nicht bedurft habe, weil der Neubau im Wesentlichen nur eine Wiederherstellung des alten Gebäudes sei.

Für die Entscheidung dieser Frage kommt in erster Linie in Betracht, was das Gesetz unter „Wiederherstellung der Gebäude" verstanden wissen will. Im Text des Gesetzes ist dieser Begriff nicht näher erläutert; ein positiver Anhalt findet sich nur insofern, als in Art. 35 ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß das neue Gebäude auf gleicher Grundfläche zu erbauen sei. Es könnte sich daher zunächst fragen, ob den gesetzlichen Vorschriften nicht schon dann genügt ist, wenn unter Beibehaltung der gleichen Grundfläche überhaupt wieder ein neues Gebäude von gleichem Wert wie das abgebrannte errichtet und hiedurch ein Ersatz für letzteres gewonnen ist. Würde dies ausreichen, so wäre der jetzige Neubau des Klägers ohne Zweifel nicht zu beanstanden, da dieser — abgesehen von der Frage, ob der frühere Bauplatz beibehalten ist — im Uebrigen jedenfalls als ein mindestens gleichwertiger Ersatz für das abgebrannte Gebäude sich darstellt. Es ist aber nicht anzunehmen, daß jene Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Das Gesetz erfordert nicht bloß im allgemeinen den Aufbau einen neuen, gleichwertigen Ge-

bäudes, sondern den Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes, wie dies am präzisesten in Art. 35 hervortritt, wo gesagt ist, „das neue Gebäude ist auf dem Platz, worauf es gestanden, zu erbauen", — womit zum Ausdruck kommt, daß das neue Gebäude nur als eine Erneuerung des alten gedacht ist. Es besteht ja auch der Zweck des Gesetzes, wie schon erwähnt, nicht bloß darin, den Ersatz abgegangener Gebäude durch Neubauten zu fördern, sondern insbesondere darin, der Versuchung zu gewinnsüchtiger Anzündung dadurch entgegenzutreten, daß dem Gebäudebesitzer die Möglichkeit, sich auf Kosten der Anstalt einen Vortheil gegenüber dem bisherigen Zustand zu verschaffen, möglichst benommen wird. Dieser Zweck würde nicht erreicht, wenn der Besitzer die Möglichkeit hätte, die Entschädigungsgelder zum Aufbau eines ganz anderen, seinen eigenen Interessen wesentlich vorteilhafteren Gebäudes zu verwenden.

Andererseits kann aber die Verwirklichung des an sich wohlerworbenen Entschädigungsanspruchs auch nicht von der Einhaltung einer ganz mechanischen und absoluten Gleichheit des neuen und des alten Gebäudes in allen Einzelnheiten abhängig gemacht werden. Eine derartige Konformität wäre in manchen Fällen, namentlich wenn inzwischen die Bauvorschriften gewechselt haben, gar nicht ausführbar; überhaupt aber würde das Verlangen einer vollständigen Uebereinstimmung zu einer übermäßigen und, wie anzunehmen, vom Gesetz nicht gewollten Härte führen.

Wie weit man allerdings im Einzelnen mit Zulassung von Abweichungen zu gehen berechtigt ist, darüber fehlt es an einer objektiv sicheren Norm. Das Gesetz selbst enthält, wie schon bemerkt, keine ausdrückliche Festsetzung in dieser Richtung; und auch das ihm zu Grunde liegende Generalreskript vom 17. Dezember 1807 schweigt über diesen Punkt, indem es sich auf die allgemeine Bemerkung in § 23 beschränkt, daß die Entschädigungsgelder „zu keinem andern Zweck als zur jedesmaligen Wiederaufbauung der abgebrannten Gebäude" zu verwenden seien.

Ebenso haben die Motive zu dem Gesetzesentwurf und die Verhandlungen der Ständekammern die vorwürfige Frage nicht grundsätzlich behandelt. Bemerkenswert ist indessen eine Aeußerung, die der Departementschef bei Beratung des Art. 1 abgegeben hat. Auf Einwendung eines Abgeordneten, daß die dort vorgesehene Mitversicherung von Maschinen, welche Zubehörden eines Hauses bilden, insoferne mißlich sei, als sie zur Folge habe, daß der Besitzer im Falle eines Brandes auch die früheren Maschinen wieder in derselben Art und Konstruktion herstellen müsse, hat der Departementschef erwidert:

„Ich habe darauf nur zu bemerken, daß es ja mit den Gebäuden auch nicht so gehalten worden ist, daß sie gerade so wieder hergestellt werden mußten, wie sie früher waren. Noch weniger wird es aber der Fall sein bei den in Rede stehenden Gegenständen. Man verlangt bei Gebäuden bloß, daß sie zu demselben Zwecke, den sie früher hatten, wiederhergestellt werden, daß also z. B. ein Haus wieder auf derselben Stelle und nicht in einer ganz andern Stadt und zu anderen Zwecken aufgebaut werde, die Gefahr, von welcher hier gesprochen worden ist, scheint also nicht vorzuliegen."

Einen Widerspruch hat diese Erklärung nicht gefunden; vielmehr wurde zwar von mehreren Abgeordneten der Vorschlag bekämpft, daß derartige Zubehörden eines abgebrannten Hauses nicht wiederhergestellt zu werden brauchten, dabei aber ausgesprochen: es verstehe sich natürlich von selbst, daß Niemand gezwungen werden könne, Maschinen wieder ganz in der Art herzustellen, wie sie vor dem Brande gewesen seien, sondern es werde Jedem erlaubt sein, statt der verbrannten Maschinen bessere und von neuerer Konstruktion herzustellen. Dies bestätigte schließlich noch der Departementschef, indem er beifügte: „es sei nicht anzunehmen, daß nach der bestehenden Brandversicherungs-Ordnung die Maschinen in demselben Zustand wieder hergestellt werden müssen, in dem sie sich vor dem Brande befanden[1]).

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1852, Band IV, S. 2230 ff.

Demgemäß ist denn auch in der K. Verordnung zu dem Gesetz vom 14. März 1853 in § 20 bestimmt:

„Die Entschädigungsgelder sind nur dann als zu den vorgeschriebenen Zwecken verwendet zu betrachten, wenn das neue Gebäude dem Umfange und der wirtschaftlichen oder sonstigen Bestimmung des früheren Gebäudes im Wesentlichen entspricht, nicht aber, wenn z. B. statt einer Fabrik ein Wohngebäude errichtet wird."

Der Inhalt dieser Ausführungsbestimmung ist unter allen Umständen für die Auslegung des gesetzgeberischen Willens von hoher Bedeutung. Sie enthält auch keineswegs nur eine Weisung bezüglich der bei Erteilung von Dispensationen einzuhaltenden Grundsätze, da sie im Gegenteil die Frage behandelt, wann die Entschädigungsgelder „als zu dem vorgeschriebenen Zwecke verwendet" anzusehen seien, in welchem Falle eine Dispensation überhaupt nicht in Frage kommt. Maßgebend für die Beurteilung des einzelnen Falls erscheint sonach die Unterscheidung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Abweichungen in der Ausführung und wirtschaftlichen Bestimmung des neuen Gebäudes. Diesen Weg hat denn auch in der Folge die Auslegung des Gesetzes betreten, wie dies aus dem Kommentar von Klumpp-Doll[1]) ersichtlich ist. In der Hauptsache auf dem gleichen Standpunkt scheint übrigens auch die Beklagte selbst zu stehen, wenn sie in der Klagbeantwortung den Sinn des Gesetzes dahin definiert: es sei hienach dem Versicherten ohne Dispensation untersagt, statt der Scheuer ein Wohnhaus oder ein sonst nach seiner Zweckbestimmung oder seinem wesentlichen Umfang verschiedenes Bauwesen herzustellen.

Bei Zugrundlegung dieser, als gerechtfertigt zu erachtenden Gesetzesauslegung ergiebt sich in Anwendung der hieraus abzuleitenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall Nachstehendes:

1. Die Baustelle des klägerischen Neubau's ist im

1) 3. Auflage, S. 124.

Wesentlichen dieselbe wie diejenige des früheren Gebäudes. Es ist nunmehr unbestritten, daß der Kläger die ganze area desselben sowohl der Länge als der Breite nach vollständig wieder überbaut hat. Der Länge nach greift zwar der Neubau über die bisherige Grenzlinie um $2^1/_2$ m hinaus; allein diese Ueberschreitung ist im Verhältnis zu den Gesamt-Dimensionen des früheren Gebäudes (46,45 m) nicht derart, daß sie die Annahme rechtfertigen könnte, es sei das neue Gebäude auf einem andern Platz als das bisherige erbaut.

2) Zweifelhafter ist die weitere Frage, ob die im Innern des Gebäudes durch veränderte Einteilung und Zweckbestimmung des Raums eingetretenen Veränderungen so wesentlich sind, daß sie die Erteilung einer Dispensation von seiten des Verwaltungsrats notwendig machten.

Ohne erhebliche Bedeutung ist hiebei die von dem Vorrichter hervorgehobene Thatsache, daß der Kläger selbst eine solche Dispensation nachgesucht hat. Die Notwendigkeit einer Dispensation ist damit keineswegs anerkannt worden; Kläger kann, wenn er auch die Dispensation rechtlich nicht für notwendig hielt, dennoch dieselbe erbeten haben in dem Gedanken, daß die Frage immerhin verschiedener Auffassung fähig sei und daß sich daher aus praktischen Rücksichten die Einholung der Dispensation empfehle. Im übrigen handelt es sich hier um eine Rechtsfrage, die das Gericht ohne Rücksicht auf die von einer Partei bekundete Rechtsauffassung selbständig zu prüfen hat.

Vergleicht man nun im einzelnen den Bauplan des neuen mit demjenigen des alten Gebäudes, so ist natürlich nicht zu verkennen, daß der erstere in Absicht auf die Einteilung des Ganzen und auf die Verwendung der einzelnen Gelasse eine merkliche Umgestaltung darstellt. Die Veränderungen bestehen darin, daß die Wohn- und Wirtschaftsgelasse im unteren Stock durch Zurücksetzung der Brandmauer um ein Nebenzimmer und eine Waschküche vermehrt wurden, wogegen der übrige zu Oekonomiezwecken 2c. dienende Teil des unteren Stocks (Viehstall, Pferdestall, Gaststall und Remise) in der

Hauptsache, wenn auch in etwas vermindertem Umfang, bestehen blieb. Im oberen Stock, der bisher in der (abgebrannten) Scheuer nicht eingebaut gewesen war, ist nunmehr durch Einbauung Raum für einen Speise- und Tanzsaal gewonnen. Der übrige Teil des oberen Stocks ist jetzt zum Futterraum verwendet; auch befindet sich jetzt unter dem Dach ein Raum zur Aufbewahrung landwirtschaftlicher Vorräte. Der Unterschied zwischen dem früheren und dem jetzigen Zustand besteht somit im wesentlichen in einer beträchtlichen Erweiterung der zum Wirtschaftsbetrieb bestimmten Räume. Ob daneben, wie die Beklagte geltend macht, auch eine Reduktion des zum Oekonomiebetrieb bestimmten Raumes eingetreten ist, was der Kläger nach seiner Eingabe an den Verwaltungsrat vom 28. April 1896 ursprünglich jedenfalls beabsichtigt hat, in Wirklichkeit aber nicht zur Ausführung gebracht haben will, ist zur Zeit unsicher. Die Frage kann aber dahingestellt bleiben, weil, wenn auch infolge des Neubaues eine gewisse Schmälerung der landwirtschaftlichen Gebrauchsräume eingetreten wäre, dies für die Entscheidung nicht von Einfluß sein könnte. Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, daß der Kläger durch diese Veränderung des Bauwesens unter allen Umständen eine für seinen Betrieb vorteilhaftere Umgestaltung erreicht hat, welche von seinem Standpunkt möglicherweise erheblich genug sein konnte, um als Anreiz zu einem Mißbrauch der Brandversicherung zu wirken. Allein dies kann nicht unbedingt maßgebend sein, da unter allen Umständen — je nach der Individualität des Einzelnen — auch eine objektiv unerhebliche, aber für den Betreffenden geschicktere und bequemere und insofern für ihn wünschenswerte Veränderung in der Raumeinteilung subjektiv in gleicher Weise wirken kann; was zum absoluten Ausschluß jeder, auch noch so geringfügigen Abweichung führen müßte, während dies nach dem Ausgeführtem dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen würde. Maßgebend ist vielmehr, ob, wie § 20 der cit. K. Verordnung besagt, das neue Gebäude objektiv der wirtschaftlichen oder sonstigen Bestimmung des

früheren Gebäudes im wesentlichen entspricht. Diese Frage ist zu bejahen. Die Gebrauchszwecke, zu denen das jetzige Gebäude bestimmt und eingerichtet ist, sind im wesentlichen dieselben wie früher; das neue wie das alte Gebäude ist — neben seiner Bestimmung zur Familienwohnung — vorzugsweise zum Betrieb der beiden Gewerbe des Klägers: der Gastwirtschaft und der Landwirtschaft, bestimmt und eingerichtet. Daß dabei im einzelnen nicht unbeträchtliche Verschiebungen stattgefunden haben, daß bei der Raumverteilung die Wirtschaftslokale erweitert, die Oekonomieräume vielleicht etwas eingeschränkt worden sind, dies alles betrifft nur Modifikationen in der Einzelausführung, betrifft aber nicht das Wesentliche, nämlich die trotzdem vorhandene Gleichartigkeit der beiden Gebäude in Absicht auf wirtschaftliche Verwendbarkeit. In Uebereinstimmung damit führt auch der cit. § 20 der K. Verordnung als Beispiel einer wesentlichen Veränderung den Fall an, daß statt einer Fabrik ein Wohngebäude errichtet werde; und weitere gleichartige Beispiele werden auch von Klumpp-Doll[1]) angeführt. In solchen Fällen ist allerdings der Unterschied zwischen dem abgebrannten und dem neuen Gebäude ein so tiefgreifender, daß man das neue mit Grund als ein von dem früheren verschiedenes bezeichnen kann. Im vorliegenden Falle aber liegen die Verhältnisse wesentlich anders; und es ist die Annahme gerechtfertigt, daß der vom Kläger erstellte Neubau im wesentlichen doch nur eine Wiederherstellung des vor dem Brande bestandenen Gebäudes ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Juli 1897 i. S. Fiegle gegen Gebäudebrandversicherungsanstalt.

---

1) a. a. O. S. 124.

25.

Kann der Käufer einer Liegenschaft Aufhebung des Kaufs verlangen, weil die Liegenschaft mit einem Leibgeding belastet ist, ohne daß er es bei Abschluß des Kaufs wußte?

Aus den, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Unbestritten ist, daß die zu Gunsten der Restforderung des Klägers gepfändete und dem Kläger zur Einziehung überwiesene Kaufschillingsforderung des K. H. an den Beklagten am 3. Juli 1896, an welchem Tag der Pfändungs- 2c. Beschluß dem Beklagten (als Drittschuldner) zugestellt wurde, noch bestanden hat. Ohne weiteres aber leuchtet ein, daß der erst hienach am 23. Dezember 1896 zwischen dem Drittschuldner und dem Vollstreckungsschuldner vereinbarten Aufhebung des der gepfändeten und überwiesenen Forderung zu Grunde liegenden Kaufs als solcher dem Kläger gegenüber keinerlei Rechtswirkung zukommen kann, daß vielmehr das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten ganz so zu würdigen ist, als ob jene Vereinbarung nicht getroffen worden, der Beklagte also Käufer geblieben wäre.

Es ist hienach lediglich zu prüfen, ob der Beklagte die Aufhebung des Kaufs, wie er jetzt noch allein behauptet, um deswillen auch dem Kläger gegenüber begehren kann, weil die Kaufsobjekte mit einem ihm zur Zeit des Kaufs verschwiegenen, jedenfalls unbekannt gebliebenen Leibgeding belastet waren und sein Interesse daran, daß ihm leibgedingsfreie Liegenschaft verkauft worden wäre, eben in der Aufhebung des Kaufs bestehe. Letzteres war zu verneinen. Mag als Rechtsgrund der einzig gegebenen [1]) Interesseforderung (drohende) Entwehrung [2]) bezw. Unredlichkeit

1) S. insbes. Vangerow, Pand. § 610 Anm. 3 vorl. Abs. S. 644.

2) Zu vergl. fr. 18 § 1 de per. 18, 6; l. 24 Cod. de ev. 8, 44.

des Verkäufers[1]) oder die Mangelhaftigkeit des Kaufsobjekts schlechthin[2]) zu unterstellen sein — überall erschöpft sich das Interesse des Käufers an der Unmangelhaftigkeit des Kaufobjekts in Fällen der vorliegenden Art für die Regel in einer entsprechenden Kürzung des Kaufpreises[3]).

Es ist denn auch speziell im vorliegenden Fall nicht abzusehen, daß der Kauf für den Käufer, obgleich dieser Güterhändler ist, wegen der Leibgedingsbelastung allen und jeden Wert verloren hätte; eine Unthunlichkeit des Weiterverkaufs der gekauften Objekte insbesondere kann — ganz abgesehen von der Möglichkeit einer Abfindung des Leibgedings wie auch von dem Umstande, daß mindestens eines der Kaufobjekte im Werte von c. 875 M. leibgedingsfrei war — nicht zugegeben werden.

Urtheil des II. Civilsenats vom 28. Oktober 1897 in Sachen Mayer gegen Häußler.

26.

Cessio in securitatem.

Der Gemeinschuldner A. Z. hat im Januar bezw. im Mai 1896 dem Beklagten zwei Lebensversicherungspolicen ausgehändigt, welche der Beklagte noch in Händen hat, nämlich:

1. Police Nr. 53.811 der Gesellschaft Janus, bei welcher der Gemeinschuldner im Jahr 1882 sein Leben in Höhe von 10,000 M., zahlbar auf seinen Tod an seine Ehefrau und Kinder, versichert hatte;

2. Police Nr. 6736 der Gesellschaft Prometheus über eine von dem Gemeinschuldner im Jahr 1878 gleicherweise in Höhe von 2000 M. eingegangene Versicherung.

---

1) Zu vergl. fr. 30 § 1 de a. e. v. 19, 1. Seuff. Arch. 14 Nr. 217.

2) Zu vergl. Windscheid, Pand. § 391 Note 28.

3) S. fr. 15 § 1 de ev. 21, 2; fr. 61 de aed. ed. 21, 1; Seuff. Bd. 14 Nr. 127; cf. auch Wächter, Pand. II S. 466 lit. b.

Bezüglich dieser Versicherungsansprüche macht der Beklagte im Konkurs ein Aussonderungsrecht geltend mit der Behauptung, daß die Ansprüche ihm von dem Gemeinschuldner abgetreten, die Policen ihm von demselben zu Eigenthum übergeben worden seien; er beruft sich hiefür in erster Linie auf die über die Ausfolge der Policen ausgefertigten, von dem Gemeinschuldner unterzeichneten „Cessionsurkunden" vom 17. Januar 1896 (Police Janus) und vom 21. Mai 1896 (Police Prometheus).

Die erstere Urkunde — und zu dem bezüglichen Teil gleichermaßen auch die zweite — lautet:

„Cessionsurkunde.

„Endesunterzeichneter übergiebt am heutigen Tage seine „unterm 12. Juli 1882 von der Lebens- und Pensionsversicherungsgesellschaft Janus in Hamburg ausgefertigte und „über M. 10,000 lautende Police Nr. 53811 an Herrn „Bäckermeister L. hier mit dem Bemerken in Depot, daß „letzterer im Fall meines Ablebens verpflichtet sein solle, eine „etwaige an mich zu machende Forderung bei der Direktion „genannter Gesellschaft zur Geltung zu bringen.

„Kraft meiner eigenhändigen Unterschrift —

N. Z."

Die Uebergabe der Police Janus an den Beklagten war im Hinblick darauf erfolgt, daß der Beklagte dem Z., für welchen er im August 1895 sich in Höhe von 6000 M. verbürgt hatte, die für seinen Wirtschaftsbetrieb nötigen Bäckerwaren lieferte, wofür der Gemeinschuldner zur fraglichen Zeit in Zahlungsrückstand geraten war.

Am 24. April 1896 sodann hatten Z. und dessen Ehefrau von dem Beklagten ein Darlehen von 3000 M. zu 5% verzinslich, erhalten.

Im Konkurse hat der Beklagte neben dem von ihm aus der Pachtkaution an das katholische Vereinshaus bezahlten Betrag von 3263 M. 04 Pf. die Hälfte jener Darlehensforderung von 3000 M. mit 1500 M. und für gelieferte Bäckerwaren 164 M. 71 Pf. angemeldet, indem er für die

letzteren Forderungsbeträge ein Aussonderungsrecht an den dem Gemeinschuldner gegen die Versicherungsgesellschaften zustehenden Forderungen beanspruchte. Der Konkursverwalter bestreitet die behauptete Cession und hat Klage erhoben mit dem Antrag, zu erkennen, daß dem Beklagten ein Aussonderungsrecht an den Ansprüchen des Gemeinschuldners gegen die betreffenden Versicherungsgesellschaften nicht zustehe. Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Der vorige Richter geht anscheinend davon aus, daß die Klägerin für das Bestehen des Gläubigerrechtes des Gemeinschuldners an den Versicherungsansprüchen oder für dessen Eigentumsrecht an den Policen, als für die Grundlage des Klageanspruches, beweispflichtig sei. Soweit eine negative Feststellungsklage erhoben ist, käme es allerdings darauf an, ob man annimmt, es habe der Kläger als sein Klagfundament die Nichtexistenz des vom Beklagten angesprochenen Rechtes zu beweisen, oder ob man der Ansicht ist, daß durch die Verteilung der Parteirollen bei dieser Klage an den materiellen Beweisregeln nichts geändert werde[1]). Indes wenn auch grundsätzlich den Kläger die Beweispflicht treffen sollte, so hätte die Klägerin doch dieser Pflicht zunächst durch den Nachweis genügt, daß (was vorliegend unbestritten ist) der Gemeinschuldner das Gläubigerrecht aus den Versicherungsverträgen, bezw. das Eigentum an den Policen erworben hatte, und es ist dann Sache des Beklagten, die behauptete Rechtsübertragung an ihn seinerseits darzuthun.

Der Beklagte stützt seinen Aussonderungsanspruch auf die behauptete Cession der Versicherungsansprüche, welche in den Urkunden vom 17. Januar 1896 und 21. Mai 1896 zum rechtsgeschäftlichen Ausdruck gekommen sei.

1) Vgl. einerseits Gaupp C.-P.-O. 3 A. § 231 III, 2 S. 496 und Note 66; andererseits Planck Civilprozeß II, 20: S. 656; Entsch. des R.-G. IX S. 340 ff.; v. Wilmowski-Levy C.-P.-O. § 231, Note 4 S. 388.

1. Der Wortlaut dieser beiden Urkunden bringt nun freilich die Willensmeinung des Ausstellers, die Ansprüche aus den Versicherungsverträgen dem Beklagten zu cedieren, d. h. ihm die Gläubigerrechte, unter Ausschluß des seitherigen Gläubigers von der Verfügungsgewalt, zu übertragen, nicht in unzweideutiger Weise zum Ausdruck.

Die Ueberschrift lautet „Cessionsurkunde"; und gewiß ist die überschriftliche Bezeichnung eines urkundlich gemachten Geschäftes für die Auslegung von sehr erheblicher Bedeutung: man darf unterstellen, daß hiedurch von dem Aussteller das fragliche Geschäft oder die Bedeutung der Urkunde in maßgebender Weise gekennzeichnet werden will. Aber ein ausschließliches Gewicht kann gegenüber dem Inhalt der eigentlichen Vertragserklärung der Ueberschrift nicht zugestanden werden. Ergäbe sich aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde, daß von dem Aussteller ein Rechtsgeschäft anderer Art gemeint oder gewollt war, als das durch die Ueberschrift charakterisierte, so müßte der (klare) Inhalt des Textes entscheiden; wird aber durch den Widerspruch der einen und der anderen Erklärung der Vertragswille in Zweifel gestellt, so giebt eben der Wortlaut der Urkunde allein die sichere Grundlage für die Auslegung nicht mehr an die Hand und es ist alsdann der wirkliche Sinn, welchen die Beteiligten mit dem Geschäft verbunden haben, mit Rücksicht auf die Gesamtheit der in Betracht kommenden Umstände und auf den übrigen unzweifelhaften Inhalt der Erklärung — womöglich zu ermitteln [1]).

Zwar gilt da, wo es sich von größerer oder geringerer Ausdehnung einer übernommenen Last handelt, die Auslegungsregel, daß im Zweifel das Geringere als gewollt anzunehmen ist. Nicht minder aber ist der Grundsatz zu beachten, daß der Willenserklärung womöglich ein vernünftiger, nicht ein erfolgloser Zweck beizulegen und daß der Sinn vor-

---

1) Vgl. Wächter, W. Privatrecht II § 108 S. 774; B.G.B. § 133; Handelsgesetzb. Art. 278.

zuziehen ist, bei welchem das Geschäft am ehesten aufrecht erhalten werden kann[1]).

2. In dem Kontext der beiden Cessionsurkunden ist gesagt, der Aussteller Z. „übergebe" seine betr. Versicherungspolice dem L. mit dem Bemerken in Depot, daß der letztere im Falle seines Ablebens berechtigt sein solle, eine etwaige an Z. zu machende Forderung bei der Direktion der Gesellschaft zur Geltung zu bringen. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Erklärungen die Merkmale einer Uebertragung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag für sich genommen nicht erkennen ließen. „Depot" würde nach der juristischen Sprachweise ein depositum — Verwahrungsvertrag — bedeuten, wobei (abgesehen von dem sogen. depositum irregulare) eine Uebereignung an den Depositar nicht gewollt ist. Doch ist es wiederum richtig, daß die Ausdrücke „Depot", „in Depot übergeben" im Geschäftsverkehr häufig gebraucht werden, ohne daß die Beteiligten an eine Hinterlegung im gesetzlichen Sinne denken, so z. B. für Faustpfandbestellung, für Darlehen[2]). Weiter wird in dem Text der Urkunden nicht der Ausdruck „abtreten" oder „cedieren" gebraucht und wird — dem Wortlaut nach — der Cessionar nicht ermächtigt, die Ansprüche des Cedenten an die Versicherungsgesellschaft seinerzeit gegen die letztere zu erheben, sondern: seine ihm gegen Z. etwa zustehende Forderung bei der Direktion der Versicherungsgesellschaft zur Geltung zu bringen.

Diese urkundlichen Erklärungen würden anscheinend mehr für die Bedeutung des Rechtsgeschäfts als einer (beabsichtigten) Faustpfandbestellung sprechen.

3. Daß der wirtschaftliche Zweck der fraglichen Rechtsgeschäfte derjenigen einer Sicherstellung des Beklagten gewesen sei, läßt sich in der That aus dem Inhalt

1) Cf. Wächter a. a. O. S. 776 und Note 6; Entscheid. des R.-G. II N. 103 S. 381.

2) Cf. Entscheid. des R.-G. I Nr. 75 S. 206; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. 16 Nr. 160 S. 210.

der Cessionsurkunden selbst und aus der Veranlassung der Geschäfte entnehmen. Das einemal wurde die Police (Janus) dem Beklagten mit Rücksicht auf eine Schuld des Z. für gelieferte und noch zu liefernde Bäckerwaren — vielleicht auch zugleich auf die vom Beklagten für Z. geleistete Pachtkaution, ausgefolgt; das anderemal geschah die Uebergabe der Police (Prometheus) im Hinblick auf ein dem Gemeinschuldner gegebenes Darlehen; bei diesem zweiten Fall ist denn auch in dem Schuld- und Bürgschein vom 24. April 1896 die Versicherungspolice unter den zu stellenden Sicherheiten mit aufgeführt.

Als Rechtsform, um eine Sicherstellung des Beklagten mittels der Lebensversicherungsansprüche des Z. zu bewerkstelligen, bot sich den Beteiligten in erster Linie die einer Verkaufstpfändung der aus dem Versicherungsvertrag dem Beklagten zustehenden Forderungen dar. Die Policen bildeten, sofern sie auf den Namen, nicht auf den Inhaber gestellt waren, nicht die Trägerinnen jener Ansprüche, sondern nur Beweisurkunden oder Legitimationspapiere, sie waren insofern auch nicht möglicher Gegenstand eines kaufmännischen Faustpfandrechts nach Art. 308 des H.G.B. [1]).

Eine gültige Pfandbestellung an jenen Forderungen aber wäre nach dem maßgebenden bürgerlichen Recht (Pfandgesetz Art. 246) schon um deswillen nicht bewirkt worden, weil die fraglichen Urkunden nicht die erforderliche Bezeichnung der sicherzustellenden Forderung enthalten [2]). Allein die Beteiligten konnten, auch wenn ihr Zweck nur derjenige der Sicherstellung war, sich zur Erreichung dieses Zweckes auch der Cession der Versicherungsansprüche als eines rechtlich zulässigen und wirksamen Mittels bedienen.

4. Die rechtliche Möglichkeit einer Cession zum Zweck der Sicherung (cessio in securitatem) ist von der neueren Theorie und Rechtsprechung anerkannt. Es handelt sich hiebei, wenn

1) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G. 9 S. 242; Entsch. des R.-G. Bd. 1 S. 183 f., Bd. 3 S. 152 f., Bd. 15 S. 55 ff., Bd. 22 S. 217, Bd. 29 S. 301.

2) Cf. Lang S.-R. II § 200 N. 14 f. S. 483.

anders die Forderungsübertragung wirklich und ernstlich beabsichtigt ist, weder um eine simulierte Cession, noch um ein verdecktes Geschäft, noch um eine Umgehung des Gesetzes. Vielmehr ist eine solche Cession ein vollständig offenes, rechtlich zulässiges — sogenanntes fiduziarisches Geschäft[1]).

Es wird hier zur Erreichung des beabsichtigten Erfolgs der Sicherstellung eine Rechtsform gewählt, welche an sich dem Gläubiger mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolges notwendig wäre; ein Mißbrauch seitens des Berechtigten wird entweder als möglich in den Kauf genommen oder durch eine Nebenbestimmung untersagt. Bei einer solchen fiduziarischen Forderungsabtretung soll der Cessionar die rechtliche Eigenschaft eines Gläubigers erhalten, aber er soll diese Stellung nur benützen, um die Forderung für Rechnung des Cedenten beizutreiben oder um sich durch Einziehung der cedierten Forderung bezahlt zu machen und den Ueberschuß an den Cedenten herauszugeben. Auch im letzteren Fall gewinnt die Sicherungsübereignung[2]) eines Forderungsrechts durch den beabsichtigten Zweck nicht den Charakter eines Pfandrechts — pignus nominis —, überträgt vielmehr das Gläubigerrecht auf den Cessionar, während dem Cedenten das Recht verbleibt, von dem Cessionar nach Tilgung der gesicherten Schuld Rückcession der Forderung und bei Eintreibung der abgetretenen Schuld oder einer Weitercession den nach Befriedigung des Cessionars verbleibenden Ueberschuß zu fordern[3]).

In dieser Weise also konnten auch im vorliegenden Falle die Ansprüche des Gemeinschuldners aus den Lebensversicherungsverträgen dem Beklagten sicherungshalber abgetreten werden. Die Rechtsform der Faustpfandbestellung ist von den Beteiligten durch den Inhalt der „Cessionsurkunden"

1) Regelsberger, Arch. für civilist. Praxis Bd. 63 S. 170 ff. Lang in Boscher's Zeitschrift Bd. 28, S. 322.

2) Cf. Jahrb. der W. Rechtspflege Bd. IX S. 6 ff.

3) Entsch. des Reichsg. Bd. 24 Nr. 10 S. 45 ff., Nr. 30 S. 161, Bd. 30 S. 274 ff. (Nr. 80).

nicht offensichtlich gemacht, der für diesen Fall auch dem Laien am nächsten gelegene Ausdruck „verpfänden", „als Pfand übergeben" findet sich in der Urkunde nicht. Es mag sein, daß die Beteiligten sich über die juristische Konstruktion des Geschäfts oder über die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften nicht völlig klar gewesen sind; doch darf bei Geschäftsleuten unterstellt werden, daß ihnen der wesentliche Begriff der Cession als der einer Forderungsübertragung nicht fremd gewesen sei. Und bis auf weiteres darf vermutet werden, daß der Ausdruck „Cessionsurkunde" in der (deutlich genug in die Augen fallenden) Aufschrift von dem Aussteller oder dem von ihm hiemit beauftragten Verfasser der Urkunde mit Bedacht so gewählt und in dem gewöhnlichen Sinne gebraucht worden sei. Weiterhin ist davon auszugehen, die Parteien haben den Zweck des Geschäfts auf die thunlichst wirksame Weise erreichen wollen. Eine bloße widerrufliche Vollmacht — wie die Klägerin meint — konnte nicht gewollt sein. Ein Inkassomandat oder eine Anweisung hätte dem offensichtlichen Zweck nicht entsprochen. Beabsichtigt war zweifellos, dem Beklagten für seine bereits existenten und voraussichtlich noch weiter erwachsenden Ansprüche an den Gemeinschuldner eine möglichst sichere Deckung zu verschaffen.

Da nun die Kontrahenten das Rechtsgeschäft (in der Ueberschrift der Urkunden) als Cession betitelten und da das Geschäft zwar als Cession, nicht aber als Faustpfandbestellung Rechtsbestand haben kann, so hat man dasselbe eben als Cession anzusehen und aufrecht zu halten, sofern nicht diese Auffassung mit der im Text der Urkunde enthaltenen Willenserklärung sachlich unvereinbar ist. Letzteres ist aber nicht der Fall. Mit der Absicht einer Uebereignung der Forderung lassen sich sowohl die Worte „übergiebt in Depot" als auch die Bestimmung über die Befugnis des Cessionars zu Geltendmachung seiner Forderung gegen Z. bei der Versicherungsgesellschaft wohl vereinigen. Wenn anders damit eine Einschränkung überhaupt gemeint war, so mochte es die durch

den Sicherungszweck immerhin gegebene Beschränkung der materiellen Zuwendung auf den zur Befriedigung des Cessionars erforderlichen Vermögenswert sein. Die eventuelle Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe des Ueberschusses bezw. zur Rückcession mußte dann nicht notwendig noch besonders ausgesprochen werden. Auch die Worte: „im Falle meines Ablebens" stehen nicht entgegen. Offenbar ist hier eben der normale Fall der Verwirklichung des Versicherungsanspruchs angeführt, ohne daß damit die Schranke für das Verfügungsrecht des Cessionars gesetzt wäre.

Der Intention der Beteiligten, dem Beklagten die Verfügungsgewalt über die fraglichen Ansprüche — unter Ausschluß des Versicherungsnehmers Z. von der Dispositionsbefugnis, zu übertragen, hätte sodann die Ausführung der Cession entsprochen. Die Policen wurden dem Beklagten nebst den Cessionsurkunden ausgefolgt. Nach der Feststellung im erstrichterlichen Thatbestand hat die Prämien aus beiden Policen „seither" der Beklagte entrichtet.

5. Daß aus dem Mangel einer bestimmten Bezeichnung der Forderungen, bezw. der Beträge, für welche oder zu deren Sicherung die Cession erfolgt ist, ein Zweifel an der Ernstlichkeit der Cession nicht zu entnehmen sei, hat schon der vorige Richter ausgeführt. Die Klägerin hat aber auch gegen die Gültigkeit des Geschäfts noch eingewendet, wenn dem Beklagten die eine der Policen zur Sicherheit für einen einzuräumenden „Kredit in laufender Rechnung" cediert worden sei, so sei der Anspruch des Beklagten unbegründet, weil jener dem Z. einen solchen Kredit nie eingeräumt habe.

Diese Deduktion geht jedoch fehl. Ist, wie neuererzeit angenommen wird, die Cession, als Veräußerungsvertrag ein abstraktes, von seiner causa in Ansehung der Wirksamkeit unabhängiges Geschäft[1]), so käme es auf die Existenz der Forderung, welche durch die Cession gedeckt werden sollte,

1) Regelsberger a. a. O. S. 164; Dernburg P. II § 49, S. 139; Motive zum B.G.B. (§ 398 d. Ges.) Bd. 2 S. 120.

für den Rechtserfolg der Forderungsübertragung überhaupt nicht an. Hält man aber dafür, daß die rechtliche Gültigkeit der Cession, im Verhältnis zwischen Cedent und Cessionar von dem Rechtsbestand des materiellen Uebertragungsgrundes abhängig sei[1]), so ist es doch einmal nicht notwendig, daß die Cessions**urkunde** selbst jene causa näher bezeichne, sodann im vorliegenden Fall außer Streit, daß auch die Uebergabe der Police Janus erfolgt ist mit Rücksicht auf wirkliche Schuldverhältnisse des Gemeinschuldners zu dem Beklagten. Wenn letzterer im Prozeß dann wieder als Cessionsgrund die Erlangung eines „laufenden Kredits" bezeichnet hat, so ist das eben ein nicht zutreffender Ausdruck für die kreditierte Warenschuld. Darin ist schließlich der Vorinstanz beizustimmen, es könne eine Cession auch mit Rücksicht auf eine erst künftige in ihrer Höhe nicht zum Voraus bestimmte Forderung beabsichtigt sein und bewirkt werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 22. Oktober 1897 in Sachen Zäch'sche Konkursmasse gegen Lehrenkrauß.

27.

Nichtigkeit eines Vertrags wegen Unsittlichkeit, durch den der Einsender eines beleidigenden Zeitungsartikels dem Redakteur Tragung aller Unkosten einschließlich einer etwaigen Geldstrafe zugesagt hat?

In der Nummer vom 12. Dezember 1893 des von M. R. in G. herausgegebenen und redigierten Amts- und Anzeigeblatts „Der Vaterlandsfreund" erschien ein von dem Beklagten eingesandter, ehrenrührige Angriffe gegen die Gemeinderäte Ru. und W. von N. enthaltender Artikel. Die Angegriffenen erhoben je Privatklage gegen ꝛc. R., und dieser wurde vom Schöffengericht wegen Beleidigung des ꝛc. Ru. zu der Geldstrafe von 150 Mark und zu Ersatz der Kosten des Verfahrens und der dem Privatkläger erwachsenen not-

1) Vgl. W. O.-Trib. 6./I. 1866 Württ. Archiv XIII S. 152.

wendigen Auslagen verurteilt, auch mit der hiegegen erhobenen Berufung durch Urteil der Strafkammer des K. Landgerichts H. zurückgewiesen und zu Tragung der Kosten des Berufungsverfahrens sowie zum Ersatz der dem Privatkläger in der Berufungsinstanz erwachsenen notwendigen Auslagen verurteilt.

Wegen der durch diese Privatklage ihm erwachsenen Unkosten will &c. R. vom Beklagten ein Versprechen der Ersatzleistung erhalten haben und hat den hieraus abgeleiteten Anspruch an den Kläger käuflich abgetreten, der nunmehr auf Bezahlung von 547 M. gegen den Beklagten geklagt hat. In den

Gründen

des Berufungsurteils ist ausgeführt:

Was die Ru.'sche Privatklage betrifft, so ist die Uebernahme der durch sie dem &c. R. verursachten Kosten in dem Schreiben des Beklagten vom 10. Januar 1894 unzweideutig zugesagt. Der Beklagte wußte damals, daß &c. Ru. gegen &c. R. Klage erhoben hatte; in seinem Briefe protestierte er gegen eine Abmachung mit dem Privatkläger, riet zur Aufstellung eines Verteidigers, versprach den Wahrheitsbeweis zu erbringen, verlangte aber, daß &c. R. die Verantwortung für den Artikel übernehme und erklärte schließlich: „Wir stehen . . . . auch für alle Kosten ein." Einerseits wurde also hiemit Ersatz des aus der Durchführung des Verfahrens in der Ru.'schen Privatklage dem &c. R. erwachsenden Schadens versprochen, ohne daß von den verschiedenen durch einen solchen Prozeß möglicherweise herbeigeführten Auslagen die eine oder die andere ausgenommen worden wäre; andererseits wurde gegen &c. R. die Erwartung ausgesprochen, daß er den ihm zur Verfügung zu stellenden Wahrheitsbeweis antrete, und ihm anbedungen, daß er den Namen des Einsenders nicht nenne. Beklagter hat allerdings erklärt: „Wir stehen für alle Kosten ein", und die solidarische Haftung mehrerer Schuldner bildet nur die Ausnahme. Wenn der Beklagte wirklich zugleich im Auftrag Anderer ge-

handelt hätte, so hätte sich auch 2c. R. wegen der auf diese entfallenden Anteile an sie weisen lassen müssen. Nun hat aber der Beklagte die Personen seiner angeblichen Auftraggeber niemals bezeichnet. Durch dieses Verschweigen hat er zu erkennen gegeben, daß er für jene nach außen, dem 2c. R. gegenüber eintrete, die demselben versprochene Leistung in ganzem Umfang auf sich übernehme. Da auch der Beklagte selbst sich verpflichten wollte, so mußte er erkennen, daß 2c. R. das Unterlassen der Nennung seiner Auftraggeber nur in jenem Sinn auffassen konnte; er handelt arglistig, wenn er durch Verheimlichung seiner angeblichen Mitschuldner sich jeglicher Haftung zu entziehen und dem gutgläubigen andern Kontrahenten die Verwirklichung seines Anspruchs überhaupt unmöglich zu machen sucht. Standen dem Beklagten aber andere Personen als Auftraggeber nicht zur Seite, so ergibt sich seine Solidarhaft schon daraus, daß er sich verpflichten wollte, und, weil einziger Kontrahent, voll verpflichten mußte, woran die Vorspiegelung der Mithaftung dritter Personen nichts zu ändern vermag. Es liegt also ein, auch der erforderlichen Bestimmtheit des Gegenstandes keineswegs entbehrendes Ersatzversprechen vor, welches 2c. R. unbestrittenermaßen angenommen hat.

Für die Entscheidung der vom Beklagten aufgeworfenen, auch von Amtswegen zu prüfenden Frage, ob der den Klagegrund bildende Vertrag wegen Unsittlichkeit nichtig sei, wäre erheblich, wenn richtig wäre, was Kläger behauptet: daß Beklagter schon gesetzlich verpflichtet sei, dem 2c. R. den durch die Privatklagen erwachsenen Schaden zu ersetzen. Allein von welchem Gesichtspunkt aus man auch das durch das Verlangen der Veröffentlichung des vom Beklagten eingesandten Artikels und durch die Annahme und Ausführung desselben begründete Rechtsverhältnis betrachtet, so scheitert jeder Schadenersatzanspruch daran, daß die unmittelbare Ursache des Schadens, die Veröffentlichung des Artikels, eine freie Handlung des 2c. R. war, über deren Strafbarkeit oder mindestens Gefährlichkeit er als Redakteur einer Zeitung ange-

sichts des Inhalts des Artikels nicht im Zweifel sein konnte, daß er also den erlittenen Schaden seiner eigenen Schuld zuzuschreiben und deshalb keinen gesetzlichen Anspruch auf Ersatz hat.

Zweck und Inhalt des geschlossenen Vertrags war einerseits Schadloshaltung des 2c. R. gegen die finanziellen Folgen der Ru.'schen Privatklage, andererseits Verschweigung des Namens des Beklagten als Einsenders seitens des 2c. R. Letztere Beredung wäre für die Gültigkeit des Versprechens des Beklagten nur dann von Belang, wenn sie die Zusage einer nicht statthaften Leistung enthielte und deshalb nichtig wäre. Nun bestand aber eine Anzeigepflicht des 2c. R. in Beziehung auf die vom Beklagten begangene Beleidigung nicht und da es sich nur um die Verschweigung des Namens des Letzteren in dem gegen 2c. R. anhängigen Strafverfahren handelte, so sollte dieser auch nicht durch Belohnung dazu bestimmt werden, die Aussagepflicht, die ihm als Zeuge obgelegen wäre, zu verletzen. Unter diesen Umständen enthielt das Verschweigen des Namens des Beklagten keinen Verstoß gegen die Rechtsordnung oder die öffentliche Moral, und kann das hierauf gerichtete Versprechen auf Seiten des 2c. R. um so weniger als sittlich verwerflich betrachtet werden, als, soviel ersichtlich, nicht er den in Rede stehenden Vertrag angeregt und als er damit den Zweck verfolgt hat, sich gegen Schäden zu schützen, deren mittelbarer Anlaß wenigstens vom Beklagten ausging. Dieser Zweck empfing aber im allgemeinen einen gegen Recht und Sittlichkeit verstoßenden Charakter auch nicht dadurch, daß es unmittelbar eine strafbare Handlung des 2c. R. selbst war, deren Folgen abgewendet werden sollten. Wohl aber trifft diese Qualifikation insoweit zu, als er darauf abzielte, die nach dem Urteil der Organe der staatlichen Strafgewalt wegen der begangenen strafbaren Handlung von 2c. R. geschuldete Sühne zu vereiteln, den Thäter der über ihn verhängten Strafe zu entziehen. Die erkannte Strafe soll den der That Schuldigen treffen, mag die Strafe eine Freiheitsstrafe sein oder

eine Vermögensstrafe; der Thäter soll das Strafübel empfinden, und diese Bestimmung des Strafens fehlt nicht in den Fällen, wo wegen geringeren Verschuldens nicht Freiheits-, sondern Geldstrafe ausgesprochen wird. Einen Unterschied kann es hiebei nicht begründen, ob eine Geldstrafe für den Verurteilten unmittelbar bezahlt oder die von ihm bezahlte Strafe ihm ersetzt werden soll. Wenn der Staat auch nicht verhindern kann, daß Geldstrafen aus dem Vermögen Anderer als demjenigen des Bestraften bezahlt werden, so darf er seinen Arm doch nicht leihen behufs Durchführung hierauf gerichteter Verträge, welche auf die Vereitelung der von seinen richterlichen Organen erlassenen Urteile hinauslaufen. Solche Verträge enthalten daher einen Eingriff in die öffentliche Rechtsordnung und eine Verletzung der öffentlichen Moral, woraus deren Nichtigkeit wegen Unsittlichkeit folgt. Die besonderen Verhältnisse der Presse, insbesondere die für den Redakteur bei minderer Sorgfalt näher liegende Gefahr der Verletzung von Strafgesetzen vermögen es ebensowenig zu rechtfertigen, für den Redakteur die Möglichkeit von Rechtswegen zu schaffen, sich durch Verträge der vorliegenden Art gegen die durch das Strafgesetz ihm auferlegte Verantwortlichkeit bis zu einem gewissen Grad Immunität zu sichern[1]).

Von dieser Nichtigkeit wird also der zwischen R. und dem Beklagten geschlossene Vertrag betroffen, insoweit er sich auf das Versprechen des Ersatzes einer gegen ꝛc. R. erkannten Geldstrafe bezieht, womit das Bestehenbleiben des übrigen Teils des Vertrags wohl vereinbar ist[2]).

Nur die Vereitlung der im Urteil ausgesprochenen Strafe und nicht als Vereitlung des Strafurteils an sich ist das in Rede stehende Geschäft unzulässig. Die im Urteil ausgesprochene Verpflichtung des Bestraften zur Kostentragung ist aber kein Teil der Strafe, sondern die Folge der Verurteilung und des Prinzips, daß derjenige zu Zahlung der besonderen

1) Kohler im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. V, S. 206; Urteil des R.-G. in der deutschen Juristenzeitung von 1897 S. 398.

2) Windscheid, Pand. § 82 Note 12.

Kosten der Rechtspflege und der ihr verursachten Auslagen herbeizuziehen ist, welcher die Organe der Rechtspflege in Thätigkeit gesetzt hat. Der Staat hat wohl ein Interesse, daß diese Kosten gedeckt werden, nicht aber daran, daß Zahlung gerade aus dem Vermögen des Verurteilten erfolge. Vollends unbedenklich erscheint es, daß ein Dritter für die dem Privatkläger nach § 503 St.P.O. zu ersetzenden Auslagen dem Zahlungspflichtigen Ersatz verspricht, und es bedarf keiner Ausführung, daß der Verurteilte den Ersatz der ihm selbst durch das Verfahren erwachsenen Kosten, über welche sich das Urteil überhaupt nicht ausspricht, von Anderen sich in gültiger Weise zusagen lassen kann. Gegen das Ausgeführte läßt sich nicht etwa geltend machen, daß nach §§ 16, 18 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 öffentliche Aufforderungen mittels der Presse zu Aufbringung der wegen einer strafbaren Handlung erkannten Geldstrafen und Kosten verboten und für strafbar erklärt sind; denn hier sind es ausschließlich die in der Oeffentlichkeit solchen Treibens in der Regel gelegenen Demonstrationen, welche, als das Ansehen der Justiz gefährdend, nicht geduldet werden sollen[1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 13. Januar 1898 i. S. Wankmüller gegen Meyder.

28.

Ist eine Schuld getilgt, wenn der Schuldner das Bezahlte alsbald vom Gläubiger in der Weise zurückerhält, daß er es wieder schuldet?

Dem Kläger, einem Rechtsanwalt, stand gegen den Grafen G. eine Honorarforderung von 28145 M. 84 Pf. zu. Die Klage richtet sich auf einen Teilbetrag dieser Forderung von 5000 M. mit 5% Zinsen seit dem 1. Mai 1891, und ist darauf gegründet, daß der Beklagte ihm, dem Kläger, wie auch dem Grafen G., die Zahlung des ganzen Honoraran-

1) Zu vgl. Mot., abgedr. in Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 26 S. 92.

spruches versprochen habe, und daß der Kläger auf Grund eines gegen G. erwirkten vollstreckbaren Urteils Forderungen desselben gegen den Beklagten habe pfänden lassen, welche ihm auf seinen Honoraranspruch zur Einziehung überwiesen seien.

Der Beklagte hat behauptet, daß die Klagforderung durch Zahlung der dem Kläger zukommenden 28 145,84 M. erloschen sei. In dieser Richtung steht fest, daß der Kläger aus einer von S. A. in Berlin hinterlegten Summe von 60 000 M. am 10. März 1894 den Betrag von 18 712 M. 50 Pf. auf seine Honorarforderung ausgezahlt erhielt, und daß er in dem Verteilungsverfahren vor dem Amtsgericht M. eine weitere Zahlung auf seinen Honoraranspruch erhielt. welche mit obigen 18 712,50 M. zusammengerechnet seine volle Befriedigung ergeben würde. Die Behauptung des Klägers, daß er wegen der jetzt noch beanspruchten Summe nicht gedeckt sei, beruht darauf, daß er am 10. März 1894 von den empfangenen 18 712,50 M. einen Teilbetrag von 5000 M. an den Grafen G. zurückgezahlt habe, welcher in einer bezüglichen Empfangsbescheinigung bekannt habe, daß er heute — 10. März 1894 — vom Kläger von der an denselben ausgezahlten Summe von 18 712,50 M. 5000 M. zurückerhalten habe, so daß sich dessen Forderung an ihn wieder um diese 5000 M. erhöhe.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

Durch die Zahlung der 18 712 M. 50 Pf. am 10. März 1894 hat sich nach der eigenen Darstellung des Klägers der Kapitalbetrag seiner Honorarforderung von 28 145 M. 84 Pf. auf 13 825 M. 69 Pf. verringert und für diese 13 825 M. 69 Pf. nebst Zinsen und Kosten ist Kläger unbestrittenermaßen in dem auf Antrag des A. vom 15./16. Juli 1896 von dem Amtsgericht M. eingeleiteten Verteilungsverfahren voll befriedigt worden. Kläger ist daher auch ohne die vom Beklagten unter Vorbehalt geleistete Zahlung von 5698 M. 90 Pf. für seine ganze Honorarforderung befriedigt, wenn die zufolge der Zahlung vom 10. März 1894

auf 13 825 M. 69 Pf. verminderte Forderung sich nicht infolge des Umstands wieder auf 18825 M. 69 Pf. erhöht hat, daß Kläger an dem genannten Tag von den ihm ausbezahlten 18 712 M. 50 Pf. dem Grafen G. 5000 M. ausgefolgt hat. Das ist aber nicht der Fall. Zwar hat Graf G. in seiner Empfangsbescheinigung vom 10. März 1894 „bekannt", daß sich infolge der Auszahlung der 5000 M. an ihn die Forderung des Klägers an ihn „wieder um diese 5000 M. erhöht" habe, und es mag sein, daß damit gesagt sein wollte, es sei so anzusehen, als ob an der Honorarforderung nur 9320 M. 15 Pf. abbezahlt seien, also eine Kapitalrestforderung von 18 825 M. 69 Pf. übrig sei. Eine Vereinbarung in diesem Sinn mochten auch Kläger und Graf G. mit Wirkung für ihr Verhältnis unter einander wohl treffen. Aber gegenüber von dritten Personen, die dieses Rechtsverhältnis berührte, liegt die Sache jedenfalls anders: eine bezahlte Forderung ist und bleibt bezahlt, auch wenn der bezahlte Gläubiger sich bewegen läßt, die erhaltene Summe noch am gleichen Tag dem Schuldner zurückzugeben; nur dann kann von einem Wiederaufleben der erloschenen Forderung die Rede sein, wenn die Zahlung mit Erfolg angefochten wird; bei freiwilliger Rückgabe des Gezahlten und als Zahlung Angenommenen entsteht an Stelle der alten Schuld eine neue, die unter Umständen eine Schuld gleicher Art ist, wie die getilgte. Aber daß die alte Schuld getilgt ist, äußert sich darin, daß das für sie von einem Dritten bestellte Unterpfand erlischt (Art. 123 Ziff. 1 P.=G.) und die Bürgen, die sich für sie verbürgt hatten, befreit sind. So sind auch im gegenwärtigen Fall zufolge der Zahlung von 18 712 M. 50 Pf. trotz der Zurückzahlung der 5000 M. an den Grafen G. die Pfändungspfandrechte des Klägers an den Forderungen des Grafen G. gegen A. und den Beklagten in Höhe des gezahlten Betrages erloschen und nur noch für eine Kapitalrestforderung von 13 825 M. 69 Pf. bestehen geblieben, mit der Zahlung dieser letzteren Summe (nebst Zinsen und Kosten) aber sodann vollständig erloschen.

Von dieser Auffassung ist auch Kläger selbst betreffs seiner Ansprüche auf die Forderung des Grafen G. gegen A. in dem Verteilungsverfahren vom Jahr 1896 ausgegangen: er hat hier nur in Betreff des Betrages von 13825 M. 69 Pf. sein Pfändungspfandrecht geltend gemacht, in Betreff des Betrages von 5000 M. dagegen ausdrücklich anerkannt, daß ihm in *soweit* kein Pfandrecht zustehe.

Was aber nach der eigenen Auffassung des Klägers in Betreff der Pfändung und Ueberweisung der dem Grafen G. *gegen* A. zustehenden Forderungen gilt, muß in ganz gleicher Weise in Betreff der am 18. November 1891 für die gleiche Honorarforderung des Klägers gegen G. erfolgten Pfändung und Ueberweisung der dem Grafen G. *gegen den Beklagten* zustehenden Forderungen gelten: zufolge der Zahlungen von 18712 M. 50 Pf. und 13825 M. 69 Pf. ist jene Honorarforderung und damit zugleich auch das für sie vom Kläger erwirkte Pfändungspfandrecht erloschen; es besteht daher kein Rechtsgrund mehr, aus dem der Kläger für eine ihm gegen den Grafen G. (angeblich) zustehende Forderung von 5000 M. *vom Beklagten* Bezahlung fordern könnte, seine Klage stellt sich deshalb soweit sie auf die Forderungs-Pfändung und -Ueberweisung vom 18. November 1891 gestützt ist, nach der jetzigen für die Entscheidung des Berufungsgerichts maßgebenden Sachlage als unbegründet dar, woraus sich die Verpflichtung des Klägers ergibt, die vom Beklagten nur unter Vorbehalt bezahlten 5698 M. 90 Pf. zurückzuerstatten, deren Behalten ihm einen Vermögensvorteil gewähren würde, auf den er dem Beklagten gegenüber keinen Anspruch hat. Wenn sodann je Beklagter sich auch *dem Kläger gegenüber* zur Bezahlung der in Rede stehenden Honorarforderung verpflichtet haben sollte, so vermöchte Kläger auch hierauf bei der jetzigen Sachlage die Klage nicht zu stützen, weil eben nach dem Ausgeführten die *Honorarforderung* des Klägers vollständig getilgt ist, zu *ihrer* Deckung also Kläger keine Zahlung mehr vom Beklagten verlangen kann.

Urteil des I. Zivilsenats vom 7. Mai 1897 in Sachen Stänglen gegen Lasker.
Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

29.

Haftung dessen, der sich als Gesellschafter geriert hat, aus einem von der angeblichen Gesellschaft geschlossenen Vertrag über den Kauf eines successiv zu liefernden Gegenstands?

Der Kläger hat den Beklagten auf Bezahlung von Waren (Hölzern) belangt, welche der Kläger der Firma L. Kl. & Cie. in Stuttgart geliefert hat, und es wird dieser Klageanspruch gestützt auf den zwischen dem Kläger und der genannten Firma am 18. Dezember 1896 schriftlich abgeschlossenen Vertrag, welchen der Beklagte mitunterzeichnet hat, sodann auf die Behauptungen: der Beklagte sei Teilhaber der Firma L. Kl. & Cie gewesen, habe sich jedenfalls dem Kläger gegenüber bei dem Vertragsabschlusse als Teilhaber jener Firma ausgegeben. Eventuell wurde noch geltend gemacht, daß der Beklagte als Solidarschuldner deshalb haften würde, weil er in Gemeinschaft mit der Firma Kl. & Cie. den Vertrag abgeschlossen habe. Aus den (den näheren Sachverhalt ergebenden)

Gründen:

Wäre der Beklagte Teilhaber der Firma L. Kl. & Cie. als einer offenen Handelsgesellschaft geworden, so würde er hinsichtlich der aus dem Vertrag für die Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten solidarisch nach Maßgabe von Art. 112 des Handelsgesetzbuchs haften und es könnte der Gläubiger nach seiner Wahl die Firma oder den Beklagten als einzelnen Gesellschafter belangen [1]).

Die vordem bestehende Firma L. Kl. & Cie., in welche

1) Cf. Hahn Kom. z. Handelsgesetzb. 3. Aufl. Art. 112 S. 480 § 7; vgl. Denkschrift z. Entwurf eines H.G.B. von 1896 S. 96.

der Beklagte eingetreten sein soll, war in Wirklichkeit keine Gesellschaft; Alleininhaberin war die Ehefrau Emilie Kl., als deren Prokurist der Ehemann Ludwig Kl. bestellt war.

Bei dem Eintritt des Beklagten in die Firma hätte es sich also nicht um den Fall des Art. 113 des H.G.B. gehandelt[1]), vielmehr wäre der Beklagte in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als Gesellschafter eingetreten, oder mit anderen Worten, es wäre eine offene Handelsgesellschaft neu begründet worden, auf welche das Geschäft und die bisherige Firma übergingen[2]).

Nach Art. 110 des H.G.B. tritt die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu dritten Personen mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat[3]). Zu dem Geschäftsbeginn im letzteren Sinn kann auch schon der Abschluß eines einzelnen Geschäftes genügen[4]).

Regelmäßig setzt das durch die Gesellschaft nach Art. 112 des H.G.B. entstehende Haftungsverhältnis voraus, daß ein entsprechender Gesellschaftsvertrag unter den Beteiligten (nach innen) abgeschlossen worden ist; doch kann es vorkommen, daß die Absicht der Beteiligten nur auf Begründung eines nach außen wirksamen Gesellschaftsverhältnisses, ohne Bestehen eines entsprechenden internen Vertragsverhältnisses gerichtet ist[5]).

Im vorliegenden Fall ist nicht nachgewiesen und auch nicht anzunehmen, daß ein Gesellschaftsvertrag zwischen dem Beklagten und der Firma L. Kl. bezw. der Inhaberin dieser Firma Emilie Kl. zu stande gekommen sei.

1) Cf. Staub, Komment. Art. 113 S. 195.

2) Vgl. Neues Handelsgesetzb. von 1897 § 26, Denkschrift S. 39 f.

3) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 34 Nr. 13 S. 54.

4) Hahn, Kom. Art. 110 S. 468 § 4.

5) Cf. Hahn, Art. 90 S. 392 § 3; Staub Art. 110 S. 184 f.

Allerdings war diese Assoziation geplant und es waren vorbereitende Schritte hiezu beiderseits gethan worden; der Beklagte hatte sich zum Eintritt in die Firma bereit erklärt, war in dem Geschäft thätig geworden. Allein es war, wie unbestritten, die schriftliche Abfassung eines Gesellschaftsvertrages vorgesehen. Ein solcher Vertrag war auch entworfen worden, ist jedoch nicht zur Ausfertigung gelangt. Schon der Umstand, daß nach diesem Vertragsentwurf die offene Handelsgesellschaft vom 1. Januar 1897 ab bestehen sollte, spricht dagegen, daß die Gesellschaft bereits am 18. Dezember 1896 konstituiert gewesen sei. Ein Gesellschaftsvertrag dieser Art wird gewöhnlich nicht durch bloße mündliche Beredung abgeschlossen; die schriftliche Form pflegt hier als Vertragsbedingung, nicht bloß des Beweises halber, vereinbart zu sein; und es ist dann der Vertrag vor Unterzeichnung der Urkunde nicht perfekt[1]). Hier steht denn auch die übrige Sachlage der Behauptung des Klägers entgegen, daß die Gesellschaft schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vom 18. Dezember 1896 durch mündliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten errichtet gewesen sei. Aus der Zuschrift des Ludwig Kl. an den Beklagten vom 6. Januar 1897, er nehme mangels gegenteiliger Nachricht binnen zwei Tagen an, daß „aus der projektierten Assoziation nichts werde", geht unzweideutig hervor, daß Kl. selbst die Sache dahin auffaßte, daß bis dahin eine Assoziation noch nicht bestanden hatte. Sodann hat Kl. bezeugt, der Beklagte habe erklärt, er unterschreibe den Vertrag erst wenn Kl. seine Bilanz gemacht habe, womit er (Kl.) einverstanden gewesen sei. Wenn auch dem Zeugen Kl. geglaubt werden wollte, es habe ihm der Beklagte schon zwischen dem 8. und 10. Dezember 1896 erklärt „er betrachte sich als Teilhaber" — „er sei jetzt Teilhaber", so vermöchte man hierin noch nicht den Abschluß eines Vertrags auf eine offene Handelsgesellschaft zu erblicken, dazu hätte doch eine beiderseitige Beredung der Bedingungen des Gesellschaftsverhältnisses gehört.

1) Cf. jetzt B.G.B. § 154 Abs. 2.

Nun konnte aber, auch wenn in dem *internen* Verhältnisse zwischen dem Beklagten und der Firma L. Kl. & Cie. eine Gesellschaft nicht zur Existenz gelangt ist, eine Haftung des Beklagten *nach außen* dadurch begründet werden, daß er sich Dritten gegenüber als Teilhaber der genannten Firma geriert hat; und es konnte die projektierte offene Handelsgesellschaft Verpflichtungen gegen sich begründen, wenn sie sich als bestehend in den Handelsverkehr einführte. Zwar durch die Erklärung über eine angeblich erfolgte Assoziation gegenüber von Dritten wäre für sich allein eine Gesellschaft mit Wirkung nach außen noch nicht begründet worden und noch weniger hätte eine Erklärung über eine erst zukünftige Errichtung der Gesellschaft eine solche Wirkung gehabt [1]). Wenn aber die Erklärung, der Beklagte sei in die Firma L. Kl. & Cie. eingetreten, zusammentraf mit dem Abschlusse eines Handelsgeschäfts namens der genannten Firma, so hat dieses Kontrahieren den Geschäftsbeginn der angeblich neu begründeten Gesellschaft gebildet. Der Beklagte hätte sich, wenn er sich bei dem Geschäftsabschluß für einen Gesellschafter ausgab, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wenigstens wegen des Interesses dem Mitkontrahenten haftbar gemacht, er haftet aber nach Handelsrecht direkt auf Vertragserfüllung.

Das Verhältnis einer offenen Handelsgesellschaft hat, wie schon oben angedeutet, eine innere und eine *äußere* Seite und es wird die Gesellschaft, welche als solche mit Handelsgeschäften in die Außenwelt tritt, entsprechend dieser nach außen erfolgten Kundgebung Dritten gegenüber (jedenfalls solchen Dritten, denen ein gegenteiliger Sachverhalt nicht bekannt ist, gegenüber) als bestehend betrachtet, mag auch nach innen kein Gesellschaftsverhältnis vorliegen [2]).

Daß der Beklagte sich bei Abschluß des Vertrages vom

---

1) Cf. *Hahn* ad. Art. 110 S. 407 § 6.

2) *Staub* Kom. Art. 110 S. 183, Vorbem. § 1, Art. 85 § 6 g S. 148; Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 19 Nr. 36 S. 197; cf. Bd. 37 Nr. 16 S. 60 f.

18. Dezember 1897 dem Kläger gegenüber als Teilhaber der Firma L. Kl. & Cie. geriert hat, ist schon von dem vorigen Richter mit Grund als erwiesen angenommen worden.

Der Beklagte hat den Vertrag gemeinsam mit Ludwig Kl. für die Firma L. Kl. & Cie. unterzeichnet, denn so muß die Unterschrift schon nach ihrer Stellung in der Urkunde gedeutet werden. Nach seinem eigenen Vorbringen hat der Beklagte nicht etwa als Dritter, außerhalb der Firma stehender Mitkontrahent oder als Bürge, sondern als Teilhaber der Firma, — freilich, wie er geltend machen will, nur als zukünftiger Teilhaber unterzeichnet; es liegt insofern auch nicht der Fall des Art. 280 des Handelsgesetzbuchs vor, daß mehrere Personen gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen haben; Kontrahentin war nur die Firma Ludwig Kl. & Cie. als angebliche offene Handelsgesellschaft; und der Beklagte hat nicht neben dieser Firma, sondern für diese kontrahiert. Auch ist unbestritten, daß der Beklagte dem Kläger früher schon (wie Ludwig Kl. bezeugt, schon am 30. November 1896) als zukünftiger Teilhaber der Firma vorgestellt worden war. Der Kläger konnte also die Vertragsunterschrift des Beklagten nicht anders denn als diejenige eines Gesellschafters auffassen (und zwar eines offenen Gesellschafters).

Ist also eine Haftung des Beklagten durch die Mitunterzeichnung des Vertrages vom 18. Dezember 1896 an sich begründet worden, so kommen Inhalt und Umfang dieser Verpflichtung in Frage.

a) Hier handelt es sich zunächst um die Bedeutung dieses Vertrages selbst. In demselben übernahm die Firma Ludwig Kl. & Cie. den alleinigen Verkauf der Hölzer aus dem Spaltwerk des Klägers in der Weise, daß der Kläger diese Hölzer zu den näher bestimmten Preisen abzugeben hatte, während sich die Firma L. Kl. & Cie. verpflichtete, den Verkauf „rüstig zu betreiben" und womöglich stets jede Woche mindestens 3—5 Wagen abzusetzen. Doch ist zu letzterem Punkt der Vorbehalt gemacht, eine vertragsmäßige Verpflich-

tung zu dieser wöchentlichen Abnahme könne erst nach Verlauf von 2 Monaten übernommen werden, wenn man sehe, wie der Absatz gehe. Der Beklagte hat aus der letzteren Bestimmung den Einwand entnommen, der Vertrag sei noch nicht definitiv abgeschlossen worden (es sei nur ein Vorvertrag gewesen). Indes bezieht sich der erwähnte Vorbehalt zweifellos nur auf das Minimalquantum der wöchentlichen Abnahme, welches in der Folge noch bestimmter geregelt werden sollte; im übrigen war der Vertrag perfekt, wie sich auch aus der Bestimmung ergibt, daß der Vertrag „mit heutigem" in Kraft trete. Sofort also war die Verpflichtung der Firma Ludw. Kl. & Cie. eingetreten, das Holz von dem Kläger abzunehmen, den Verkauf „rüstig zu betreiben" ꝛc. Die rechtliche Natur dieses Vertrages mag allerdings nicht unzweifelhaft sein. Bei der „Uebernahme des Alleinverkaufs" könnte auch an ein Agentur- oder Kommissionsgeschäft gedacht werden. Allein nach dem übrigen Inhalt des Vertrags, namentlich nach den über die Bezahlung der Ware durch die Abnehmerin getroffenen Festsetzungen[1]) ist anzunehmen, daß der Vertragswille auf Kauf und Verkauf für eigene Rechnung gegangen sei. Der Vertrag wäre dann entweder als ein, übrigens sofort rechtsverbindlicher, Vorvertrag auf künftige Lieferungskäufe (pactum de emendo et vendendo) aufzufassen oder wohl richtiger als ein Kaufvertrag über einen der Quantität nach erst durch gewisse Momente sich bestimmenden Kaufsgegenstand. Die Quantität bestimmte sich im Allgemeinen einerseits nach dem Umfang der Produktion des Klägers, andererseits nach dem Geschäftsbedarf, der Absatzmöglichkeit der Abnehmerin, wobei indes ein Minimalsatz der Abnahme festgesetzt werden sollte. Die Ware sollte von dem Kläger successiv innerhalb gewisser Fristen geliefert und bei Empfang von der Abnehmerin bar bezahlt werden. Und der Vertrag sollte zunächst bis Ende des Jahres 1897 Geltung haben, (— wornach im wesent-

1) Cf. Staub, Komm. Art. 360 S. 940 § 5.

lichen die einjährige Produktion des Klägers den Gegenstand des Lieferungsvertrags gebildet hätte).

b) War das Geschäft ein einheitlicher Kaufvertrag — wenn auch mit einem teilbaren und successiv zu liefernden Kaufsgegenstand —[5]) so folgt daraus, daß der Beklagte durch den Abschluß dieses Geschäftes sich zur Erfüllung des Vertrages in seinem ganzen Umfang und für die ganze Vertragsdauer mit verpflichtet hat. Aber auch ein Vorvertrag hätte für denselben die Verpflichtung zu Abschluß der einzelnen Lieferungskäufe im ganzen Umfang des Geschäftes begründet.

Der vorige Richter geht nun von dem Standpunkt aus, der Beklagte sei dem Kläger gegenüber so lange — aber nur so lange — wie ein Gesellschafter der Firma Ludwig Kl. & Cie. zu behandeln, als er nicht seine Absicht, sich als Gesellschafter nicht fernerhin behandeln lassen zu wollen, erklärt habe und diese Erklärung dem Kläger zur Kenntnis gekommen sei. Aber diese Auffassung kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Nimmt man einmal — wie dies auch der Unterrichter gethan hat — an, der Beklagte sei durch den Abschluß des Vertrags bezw. dadurch, daß er sich hiebei für einen Teilhaber der Firma L. Kl. & Cie. ausgab, dem Kläger gegenüber obligiert worden, so kann es nicht wohl in der Willkür des Beklagten liegen, ob er sich überhaupt oder in Absicht auf jenen Vertrag fernerhin als Gesellschafter behandeln lassen will oder nicht. Man käme sonst konsequenter Weise dahin, es hätte bei dem Beklagten gestanden, alsbald nach Abschluß des Vertrags vom 18. Dezember 1896 dem Kläger zu erklären, er lasse sich jetzt nicht mehr als Gesellschafter behandeln und der Vertrag gelte also ihm gegenüber nicht. Hatte der Beklagte sich einmal gebunden, so war es, um seine Gebundenheit bestehen zu lassen, nicht nötig, daß er sich fortdauernd oder wiederholt als Gesellschafter gerierte; durch die Erklärung, nicht mehr als Ge-

5) Cf. Staub, Komm. Art. 337 S. 869, § 6, Art. 354 § 14 S. 890, § 19 S. 893; Entsch. des R.G. I Nr. 31 S. 62.

sellschafter gelten zu wollen, konnte er sich einer bereits begründeten Verpflichtung nicht ohne weiteres entledigen. Allerdings bemerken die Entscheidungsgründe der Handelskammer in einem späteren Satz: daß die auf Grund des Vertrages erfolgenden einzelnen Holzlieferungen ein untrennbares, einheitliches Geschäft gewesen seien, lasse sich nicht sagen; und an einer anderen Stelle wird betont, der Kläger selbst behaupte nicht, daß die ihm (später) zugekommene Kenntnis der Nichtbeteiligung des Beklagten an der Firma L. Kl. & Cie. etwa als unzuverlässig und nicht auf Wahrheit beruhend von ihm angesehen worden sei. Hier ist also der Gesichtspunkt mit in Rücksicht gezogen, daß es darauf ankomme, ob und von welcher Zeit an der Kläger zuverlässige Kenntnis von dem Nichtbestehen einer Gesellschaftsbeteiligung des Beklagten erhalten habe und daß hiernach die Frage der Haftpflicht des Beklagten je für die einzelnen Holzlieferungen besonders sich beantworte. Wären freilich diese Lieferungen als einzelne selbständige Rechtsgeschäfte ohne zu Grund liegende einheitliche Verpflichtung zu betrachten, so ließe sich jener Standpunkt rechtfertigen. Sei es aus der Rechtsansicht, daß eine nicht wirklich bestehende nach außen kundgegebene Handelsgesellschaft nur dem mit dem wahren Sachverhalt unbekannten Dritten gegenüber als bestehend gelte, sei es, daß in analoger Anwendung der Bestimmungen in Art. 129 Abs. 5 und Art. 25 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs gesagt werden könnte, daß der Kläger für diejenigen Verbindlichkeiten, welche nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden des Beklagten aus dem (fiktiven) Gesellschaftsverhältnis, bezw. nach Bekanntwerden des Nichteintritts des Beklagten in die Firma Ludwig Kl. & Cie. von der letzteren eingegangen wurden, den Beklagten nicht mehr haftbar machen könne[1]). Allein so liegt die Sache im gegenwärtigen Falle nicht. Die einzelnen Holzlieferungen waren nicht jede ein neu abgeschlossenes Geschäft, erfolgten vielmehr in Erfüllung

1) Vgl. Staub Art. 129 § 8 S. 231; Entsch. des R.G. IV Nr. 23 S. 82 ff.

des am 18. Dezember 1896 vereinbarten Vertrages, wodurch sich die Kontrahenten auf eine bestimmte Zeitdauer gebunden hatten. Und dieser Vertrag auf Holzlieferung und -Abnahme hatte für beide Teile eine fortdauernd wirksame Verpflichtung begründet, nicht etwa nur wie ein allgemeines Kreditversprechen oder ein Kontokorrentverhältnis die Grundlage für künftige Einzelgeschäfte gebildet. Es geht also nicht an, die erfolgten Holzlieferungen von dem einheitlichen Vertrag loszulösen.

Der Kläger durfte von der Firma Ludwig Kl. & Cie. wie diese ihm bei dem Vertragsabschlusse als Kontrahentin gegenüber getreten war und also von dem Beklagten, welcher sich hiebei als Gesellschafter jener Firma kundgegeben hatte, Erfüllung des Vertrags: Abnahme der Hölzer und Bezahlung der Lieferungen verlangen und es kommt nicht darauf an, ob ihm im weiteren Verlaufe bekannt geworden ist, der Beklagte sei in Wahrheit nicht Gesellschafter gewesen. Er hält sich, wie er nach dem Zeugnis des D. dem Beklagten auch erklärt hat, an den Vertrag und macht gegenüber dem Einwand des Beklagten, daß dieser nicht Teilhaber der Firma geworden sei, mit Recht geltend, daß ihn, nachdem einmal der Beklagte als Gesellschafter den Vertrag eingegangen hat, das (wirkliche) interne Verhältnis des Beklagten zu der Firma Ludwig Kl. & Cie., nicht berühre.

Hiernach darf unentschieden bleiben, ob der Kläger und zu welchem Zeitpunkt derselbe zuverlässige Kenntnis davon, daß der Beklagte nicht Teilhaber geworden, erlangt habe, und es kann davon abgesehen werden, ob man berechtigt wäre zu unterstellen, der Kläger habe den ihm später von seiten des Beklagten gewordenen, im Widerspruch mit der Kundgebung bei dem Vertragsabschlusse stehenden Mitteilungen von dem Nichteintritt des Beklagten in die Firma Glauben schenken müssen.

Daß der Kläger die Holzlieferungen, wegen deren der Beklagte in Anspruch genommen wird, der Firma L. Kl. & Cie. gemacht hat, und daß die Ware von der genannten

Firma angenommen wurde, ist außer Streit. Zu der Lieferung an sich war er nach dem Vertrag berechtigt (wie auch verpflichtet) und der ihm von dem vorigen Gericht gemachte Vorwurf, daß er arglistig handele, wenn er den Beklagten für solche Lieferungen in Anspruch nehme, welche er der Firma L. Kl. & Cie. gemacht habe, nachdem er von der nicht weiteren Beteiligung des Beklagten an dieser Firma Kenntnis erhalten habe — erscheint nach dem vorstehend Ausgeführten nicht begründet. Von dem Beklagten ist zu Begründung der exceptio doli auch geltend gemacht worden: „Der Kläger habe, trotzdem er über das Nichtbestehen der Assoziation aufgeklärt gewesen sei, der Firma Ludwig Kl. & Cie. weiteres Holz geliefert, welches jene Firma für sich verkauft habe, um den Erlös dann für sich zu verwenden; Kläger wäre doch jedenfalls verpflichtet, demjenigen zu liefern, von dem er Bezahlung verlange, aber Kläger und Ludwig Kl. haben eben gemeinsame Sache gegen den Beklagten gemacht". Allein der Kläger hat eben wie die ersten so auch die weiteren Wagen an die Firma L. Kl. & Cie. geliefert, als an diejenige Firma, die mit ihm den Vertrag abgeschlossen hatte, und er konnte nicht wohl an eine andere Adresse, bezw. an den Beklagten persönlich liefern, wenn er jenen Vertrag erfüllen wollte; er durfte davon ausgehen, daß die genannte Firma die richtige Empfängerin und daß Ludwig Kl. sei es als Teilhaber oder Prokurist der Firma zu deren Vertretung bei Empfangnahme des Holzes legitimiert sei (vgl. auch H.G.B. Art. 116. 114). Für die Annahme aber, der Kläger habe arglistigerweise im Einverständnisse mit L. Kl. — oder den Eheleuten Kl. — es darauf eingerichtet, daß das Holz und der Erlös hieraus den letzteren allein zukommen, die Bezahlung aber nicht von ihnen, sondern von dem Beklagten einverlangt werden solle, fehlt jeder Anhalt und selbst eine schlüssige Behauptung. Eine mißbräuchliche Ausübung der Vertretungsbefugnis seitens des Ludwig Kl. unter Kollusion mit dem Kläger[1]) ließe sich aus

1) Hahn, Komm. Art. 116 § 7 S. 497; Jurist. Wochenschrift 1891 S. 529 Nr. 12.

dem Vorbringen des Beklagten keinenfalls entnehmen.

Urteil des I. Civilsenats vom 26. November 1897 i. S. Pfisterer gegen Maurer.

30.

Versteigerung auf Grund des Art. 343 H.G.B. oder bahnamtlicher Verkauf?

Die Parteien hatten unter Ausstellung von Schlußscheinen am 15. November 1894 vereinbart, daß die Klägerin der Beklagten in der Zeit von Mai bis Oktober 1895 1000 Doppelzentner = 10 Eisenbahnwagen Anthracit-Gries-Kohlen zu 110 M. den Doppelzentner und zwar je zwei Wagen liefern sollte. Nachdem am 17. Mai 1895 vier Eisenbahnwagen geliefert und ohne Anstand in Empfang genommen worden waren, lieferte die Klägerin in der Zeit vom 9./11. September 1895 weitere fünf Eisenbahnwagen Kohlen. Die Beklagte nahm drei davon an, verweigerte aber die Annahme der zwei anderen, da sie nicht verpflichtet sei, auf einmal fünf Wagen anzunehmen.

Die Klägerin schrieb am 11. September 1895 an die Eisenbahngüterabfertigungsstelle Stuttgart einen Brief, worin es heißt: „sollte ... die Uebernahme nicht erfolgen, so wollen „Sie mit dem Gute bahnreglementmäßig verfahren und zur „Versteigerung der Kohlen schreiten."

Die K. Eisenbahngüterstelle Stuttgart hat nach einem Protokoll vom 16. Sept. 1895 an diesem Tage „auf Antrag der Firma Kr.-B." als „Versenderin" .... „wegen Annahmeverweigerung durch die Adressatin" die zwei Wagen Kohlen im Aufstreich verkauft. Der Erlös betrug 260 M., nach Abzug der Fracht, des Wagenstandgeldes und der Auslagen noch 139 M. 12 Pf. Der Abmangel gegenüber dem Kaufpreis von 220 M. betrug also 80 M.

Unter anderem diesen Betrag nebst Zinsen verlangte die Klägerin von der Beklagten. Die Klage ist abgewiesen worden,

im Berufungsverfahren aus folgenden

Gründen:

Trotz der Nichterfüllung des entsprechenden Teils des Kaufvertrags von seiner Seite wäre der Verkäufer, hier die Klägerin, berechtigt, die Erfüllung des Kaufs von seiten des Käufers, hier der Beklagten, zu verlangen und daher die Zahlung des restlichen, den Betrag des Versteigerungserlöses übersteigenden Kaufpreises für die zwei Wagen Kohlen zu fordern, wenn der Verkäufer (die Klägerin) bei Empfangnahmeverzug der Beklagten die ihm obliegende Erfüllung gemäß H.G.B. Art. 343 vgl. mit Art. 354 ersetzt hätte durch eine Versteigerung der Kohlen, die den Vorschriften von H.G.B. 343 entsprochen hätte [1]). Nach den angeführten Bestimmungen des H.G.B. hatte die Klägerin überhaupt kein anderes Mittel, sich der Verantwortlichkeit für die Ware zu entschlagen, sich derselben durch ihre Verfügung zu entledigen, als das Verfahren nach H.G.B. 343 [2]).

Es ist unbestritten, daß die fragliche Versteigerung der zwei Wagen Kohlen nicht gemäß H.G.B. 343 stattfand, sie war ein von der Bahnverwaltung (Güterstelle) vorgenommener Verkauf, die Klägerin behauptet, ein von der Bahnverwaltung von Amtswegen vorgenommener Verkauf.

Der letztere wäre keine Verfügung der Klägerin über die Ware und würde daher als außerhalb des Gebiets von H.G.B. 343 befindlich betrachtet werden können und er wäre geeignet, da er eben eine durch die Bahnverwaltung von sich aus vorgenommene Maßregel ist, dem Verkäufer, hier der Klägerin, ohne sein Verschulden die Vertragserfüllung auf seiner Seite unmöglich zu machen (zu vgl. § 70 Abs. 3 der Verkehrsordnung für die Eisen-

1) Zu vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 33 S. 95, Bd. 32 S. 63.

2) Zu vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19 S. 342, 344 aber gegen die Beschränkung der Haftung des Verkäufers bei Verzug des Käufers auf Arglist und grobes Verschulden Staub Kommentar zum H.G.B. 3. und 4. Aufl. zu § 343 S. 831 § 8.

bahnen Deutschlands vom 15. November 1892 Reichsgesetzblatt von 1892 Nr. 41).

Nach den Grundsätzen des Uebergangs der Gefahr und, im Fall ein Verzug der Beklagten in der Empfangnahme nachgewiesen werden könnte, nach den Grundsätzen des Verzugs wäre eine solche Unmöglichkeit geeignet, die Klägerin von der ihr obliegenden Leistung zu befreien, ohne ihr den Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises (soweit er nicht durch den Versteigerungserlös gedeckt ist) zu entziehen[1]).

Aus dem Verkaufsprotokoll der Güterstelle Stuttgart ergiebt sich jedoch mit Sicherheit, daß die Güterstelle den Verkauf der Kohlen nicht von sich aus, nicht von Amtswegen, sondern auf Grund der von ihr als Verkaufs-„Antrag" aufgefaßten Erklärung der Klägerin vorgenommen hat.

Die Worte des Protokolls „Auf Antrag der Firma Kr.-B. .... als Versenderin werden ..... verkauft", der Umstand, daß die Voraussetzungen des Verkaufs von Amtswegen, § 70 Abs. 3 der Verkehrsordnung, nicht einmal erwähnt sind, der vorausgegangene Briefwechsel mit der Klägerin ergeben dies deutlich. Der Verkauf der Kohlensendung ist also in Wirklichkeit durch die Erklärung der Klägerin herbeigeführt worden.

Die Erklärung der Klägerin läßt auch die von der Güterstelle ihr gegebene Auslegung nicht nur zu, sondern legt sie sogar nahe. Der erste von der Klägerin in ihrer fraglichen Erklärung gewählte Ausdruck: „bahnreglementmäßig verfahren" umfaßt nicht bloß den Verkauf von Bahnamtswegen, sondern auch das Verfahren gemäß der Weisung des Absenders, die nach dem Bahnreglement zunächst einzuholen und selbstverständlich dann auch zunächst zu befolgen ist (§ 70 Abs. 1 der Verkehrsordnung, vgl. Art. 402 H.G.B., § 53 der „Güterabfertigungsvorschriften"). Der folgende Ausdruck: „und zur Versteigerung der Kohlen schreiten" scheint darauf

1) Zu vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 19 S. 342, 344; Staub, Kommentar zum H.G.B. zu Art. 343 § 8 S. 831.

hinzudeuten, daß die Klägerin eben eine Weisung dieses Inhalts geben will.

Das Gericht ist jedoch nicht soweit gegangen, die von der Klägerin geltend gemachte Auslegung als unmöglich zu verwerfen. Falls nun aber die Klägerin nur der Versteigerung von Amtswegen den Lauf lassen wollte, hat sie durch ihre mindestens undeutliche Erklärung, die in diesem Fall der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht entspricht (H.-G.B. 282), die Versteigerung der Kohlen herbeigeführt.

„Der durch diesen Verkauf entstandene Schaden", den die Klägerin ersetzt verlangt, wäre also von ihr selbst mitverschuldet.

Auch eine von der Klägerin nicht verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung auf ihrer Seite, die ihr den Anspruch auf Erfüllung von seiten des Käufers belassen würde, liegt nicht vor. Vielmehr ist die Unmöglichkeit mindestens durch den bezeichneten Mangel an Sorgfalt verschuldet und der Verkäufer, die Klägerin, würde auch bei Empfangnahmeverzug des Käufers, der Beklagten, für Anwendung dieser Sorgfalt bei ihren Handlungen zur Erfüllung ihrer Verpflichtung haften: H.G.B. Art. 282.

Urteil des I. Civilsenats vom 7. Mai 1897 in Sachen Krauß-Bühler gegen Nördlinger.

31.

Verpflichtung einer Stadtgemeinde, einen öffentlichen Staffelweg derart zu verwahren, daß das Abstürzen kleiner Kinder verhindert wird?

Der Kläger ist Eigentümer eines an dem Ortsweg Nr. 12 in Rottenburg, dem sog. Rathausgäßchen, gelegenen Hauses.

1) Zu vgl. gegenüber R.O.H.G. 19 S. 344 und Windscheid II § 346: Staub, H.G.B. zu Art. 343 § 8, 2b. β, S. 831 und Motive zum Entwurf I des bürgerl. Gesetzbuchs § 257 Bd. II S. 74.

Dieser Ortsweg ist mit der höher gelegenen „oberen Gasse" durch eine an der Vorderseite des kläger. Hauses aufsteigende steinerne Staffel verbunden, welche von der beklagten Stadtgemeinde errichtet wurde, in deren Eigentum steht und von ihr unterhalten wird. Die Staffel hat zwei Podeste (Auftritte), deren oberer 2,20 m lang und 1,20 m breit, sich in gleicher Höhe mit der oberen Hausthüre, sowie mit Hausöhrn, Küche und Wohnzimmer des Klägers befindet und von jener — übrigens nach der Seite der oberen Gasse gelegenen — Hausthüre 3 m entfernt ist. Die Höhe des oberen Podestes über der (gepflasterten) Straße beträgt 3,65 m. An der äußeren Seite der Staffel gegen den Ortsweg stehen in der Entfernung von je 2¹/₄ m 5 steinerne Säulen, welche 0,80 m hoch und je durch zwei eiserne Stangen verbunden sind mit Ausnahme der beiden unteren Säulen, an welchen nur eine Stange angebracht ist. Die unteren Querstangen sind von der Staffel 34 cm und von den oberen Querstangen 42 cm entfernt.

Am 25. Juli 1895 ist ein damals 3¹/₄ Jahre altes Kind des Klägers von der genannten Staffel — dem oberen Podest — herabgestürzt und hat hiedurch erhebliche Verletzungen erlitten.

Der Kläger nimmt nun die Beklagte auf Ersatz des durch den Unfall seines Kindes erwachsenen Schadens in Anspruch mit der Behauptung, die Beklagte habe durch schuldhafte Versäumung in Anbringen von Schutzvorrichtungen jenen Unfall verursacht. Die Schadensersatzpflicht der beklagten Stadtgemeinde ist anerkannt worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Der Kläger beansprucht Ersatz des Schadens, welcher durch den am 25. Juli 1895 seinem Kinde Oskar zugestoßenen Unfall verursacht worden ist, und zwar mit der gegenwärtigen Klage Ersatz der für das verletzte Kind aufgewendeten Heilungs- und Pflegekosten. Nach der in dieser Instanz abgegebenen Erklärung klagt derselbe nicht namens

des Kindes als dessen gesetzlicher Vertreter, sondern in eigenem Namen auf Ersatz des ihm, dem Vater, erwachsenen Schadens. Von der Beklagten ist die Aktivlegitimation des Klägers nicht beanstandet; und es läßt sich denn auch dem Kläger ein eigenes Klagerecht, insoweit es den jetzt verfolgten Ersatzanspruch anlangt, nicht absprechen. Wenn gleich die aquilische Klage wegen Körperverletzung regelmäßig nur dem Verletzten zusteht (cf. Art. 14 vgl. mit Art. 13 des W. Ges. vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen 2c.) und wenn auch die Bestimmungen des römischen Rechts[1]) über das dem Gewalthaber des verletzten Kindes zustehende Klagerecht nicht mehr im vollen Umfang bei uns anwendbar sein mögen[2]), so muß doch auch vom Standpunkt des heutigen Rechtes dem Vater eines durch aquilisches Verschulden Dritter verletzten Kindes verstattet sein, auf Ersatz der von ihm in Erfüllung seiner gesetzlichen Alimentationspflicht aufzuwendenden Kur- und Pflegekosten als eines ihm durch die widerrechtliche Handlung verursachten Schadens in eigenem Namen zu klagen, sofern er thatsächlich der Beschädigte ist[3]).

II. Der Schadensersatzanspruch wird darauf gestützt, daß am genannten Tag das damals 3¼ Jahre alte Kind des Klägers von dem oberen Auftritt (Podest) der bei dem Hause des Klägers befindlichen Staffel auf das Straßenpflaster herabgestürzt ist, hiedurch am Körper verletzt wurde und daß die Beklagte, welche unbestritten die Staffel errichtet und dieses in städtischem Eigentum stehende Bauwerk zu unterhalten hat, durch fahrlässige Unterlassung des Anbringens zureichender Schutzwehren den Unfall verschuldet habe.

Daß das Kind am 25. Juli 1895 von der Staffel, wie

1) l. 3 § 3, § 6; l. 7 pr. Dig. 9, 2.

2) Vgl. z. B. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 35 Nr. 33 S. 142; Bd. 12 Nr. 47 S. 189.

3) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 36 S. 43/44 cf. Bd. 48 Nr. 32; Entsch. des R.G. Bd. 3 Nr. 86 S. 320 cf. Bd. 7 Nr. 44 S. 14; Motive zum I. E. B.G.B. II S. 794 cf. 724; Dernburg P. II § 131 (5. Aufl.) S. 361 Note 15, § 132 S. 364.

angegeben, herabgefallen ist, steht jetzt außer Streit und sicher ist weiter, daß dasselbe hiedurch die kurz darauf bei ihm ärztlich konstatierte Gesundheitsbeschädigung erlitten hat.

Wie es bei dem Unfall des Näheren zugegangen ist, konnte allerdings nicht mit völliger Bestimmtheit erhoben werden. Ob das Kind über die untere Querstange hinausfiel oder ob es zwischen dieser und der Staffel hindurchglitt, vermochte die Zeugin J. B. nicht mehr zu sagen, nach Angabe der Mutter des Kindes ist dieses über die untere Stange kopfüber hinuntergefallen; ob das Kind sich über die Stange hinausgebeugt hatte, weiß man nicht. Es ist dies aber auch nicht erheblich.

Sicher ist sodann, daß der Unfall sich nicht ereignet hätte, wenn die Staffel an dem obersten Podest besser verwahrt gewesen wäre, als dies zur fraglichen Zeit der Fall war. Nach dem Unfall ist daselbst ein Drahtgitter angebracht worden; ein solches Gitter hätte das Herabfallen des Kindes verhindert. Den gleichen Zweck hätte aber auch die Anbringung von mehreren Querstangen mit engen Zwischenräumen oder von Staketen erfüllt.

III. Mit Recht hat fernerhin der Unterrichter die civilrechtliche Verantwortlichkeit der beklagten Stadtgemeinde für die Vorkehrung von Sicherheitsmaßregeln als im geltenden Recht begründet angenommen. Es steht dies im Einklang mit der in der heutigen Theorie und Rechtsprechung anerkannten Auffassung. Auch die juristische Person steht unter den zur Sicherung des Verkehrs vom Gesetz aufgestellten Pflichten und es ist die Gemeinde, welche für die verkehrssichere Beschaffenheit der von ihr erstellten oder von ihr zu unterhaltenden Wege, Straßenzugänge und Plätze zu sorgen hat, für eine fahrlässige Rechtsverletzung auf diesem Gebiet civilrechtlich haftbar; sie wird aus einem Versehen ihrer Vertreter oder Baubeamten für den verursachten Schaden jedenfalls da ersatzpflichtig, wenn dieselben Repräsentanten, Willensorgane der Gemeinde sind und als solche zu handeln hatten [1]).

1) Vgl. Entsch. des R.G. 8 Nr. 60 S. 236, Bd. 38 Nr. 59 S. 320,

Vorliegend hat übrigens die Beklagte ihre Haftpflicht eventuell wenn zwar nicht ausdrücklich anerkannt, so doch nicht in Abrede gezogen.

IV. Die demnächst zu entscheidende Frage aber, ob die Beklagte bezw. deren Vertreter wegen jenes Zustandes des Staffelgeländers ein Verschulden treffe, hatte man mit dem vorigen Richter zu bejahen.

1. Es kann sich zunächst darum handeln, ob hier nicht eine Zuwiderhandlung gegen eine positive Gesetzesvorschrift in der mangelhaften Verwahrung der Staffel gelegen sei. Der Unterrichter weist in dieser Beziehung auf die Bestimmung in § 367 Ziff. 12 des D. Strafgesetzbuchs hin, indem er in dem senkrecht dastehenden, ungenügend verwahrten Staffelgemäuer einen „Abhang" im Sinne jenes Strafverbotes erblickt. In der That ist ein derartiger senkrechter Absturz eines Gemäuers, wenn man auch im gewöhnlichen Sprachgebrauch hierauf die Bezeichnung „Abhang" nicht wohl anwenden wird, für den Verkehr noch gefährlicher als eine Böschung unter sich abdachendem Winkel [1]) und man dürfte insofern annehmen, daß die Einbeziehung eines Falles dieser Art unter jene Strafbestimmung dem Sinne des Gesetzes entspreche [2]). Allein wenn auch ein spezielles, gerade diesen Fall betreffendes Strafverbot oder Schutzgesetz nicht Platz greifen würde, so lag unter allen Umständen der Beklagten die Verpflichtung ob, für eine genügende Verwahrung des von ihr errichteten und von ihr zu unterhaltenden Staffelgemäuers Sorge zu tragen. Schon als Bauherrin hatte die Beklagte das Bauwesen so anzulegen und im Stand zu halten,

Bd. 34 Nr. 72 S. 295; Württ. Gerichtsblatt Bd. XVIII S. 290 ff.; Dernburg, P. I § 230 S. 549 f., § 66 S. 154 f.; Lang, Pers.-Recht § 28 S. 169 f. Note 6; B.G.B. § 31, § 89, Motive I S. 102 Linckelmann, Archiv f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 79 ff. insbesondere S. 92, S. 99 f., Jahrb. d. W. Rechtspfl. Bd. III S. 346.

1) Vgl. Seuffert Arch. Bd. 50 Nr. 87; Jurist. Wochenschrift 1897 S. 62, S. 46.

2) Vgl. Olshausen, Komm. zum St.G.B. § 367 Nr. 12 S. 1447, auch Jahrb. d. W. Rechtspfl. I S. 146 bei Note 1.

daß dadurch Gesundheit und Sicherheit nicht gefährdet wurde[1]). Und dem entsprach auch die öffentlich rechtliche Obliegenheit der Kommune, „alle gefährlichen Stellen auf ihrer Ortsmarkung mit Sicherheitsschranken zu versehen“ cf. Württ. Wegordnung vom 23. Oktober 1808 (Reg.Bl. 1809 S. 19 ff.) § 11 vgl. mit § 1 § 4a § 5. Eine fahrlässige Außerachtlassung der hiernach gebotenen Vorsicht bezw. der Verpflichtung zur Fürsorge für die öffentliche Sicherheit begründete ein Verschulden der Beklagten, welches dieselbe für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich macht.

2. Die fragliche Staffel nun, welche der Verbindung eines Stadtteils mit einem Ortsweg dient, stellt sich schon nach ihrer Lage und Bauart als eine Anlage dar, welche die Vorsorge für die Sicherheit des Verkehrs in besonderem Maße als geboten erscheinen ließ: ein senkrecht über dem Straßenpflaster sich erhebendes Staffelgemäuer in der Höhe von 3,65 m, inmitten eines enggebauten, bevölkerten Stadtteils. Hier mußten die Verkehrenden gegen die Gefahr eines Absturzes durch zureichende Sicherheitsschranken geschützt werden. Die Staffel ist und war mit einem Geländer, gebildet aus Steinsäulen und den diese verbindenden Eisenstangen, versehen. Und für die den Treppenweg passierenden erwachsenen Leute war denn auch diese Schutzvorrichtung wohl genügend. Dagegen war diese Vorrichtung, wie das von dem Sachverständigen ausgeführt wird — übrigens auch für den Laien klar ist — ungenügend für einen Platz (eine gefährliche Stelle), wo häufig sich Kinder aufhalten: die, nach der Seite hin nur durch die Steinsäulen abgegrenzten, Zwischenräume der Querstangen: unten 34 cm, oben 42 cm sind so weit, daß kleine Kinder leicht Gefahr liefen, hindurchzufallen, sei es nun, daß sie, was allerdings weniger nahe liegt, zwischen der Staffel und der unteren Stange durchgleiten, oder daß sie über die Mittelstange hinaus, indem sie das Gleichgewicht verlieren, kopfüber abstürzen.

1) Vgl. W. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 Art. 35, Motive bei Bitzer S. 337.

3. Bei der Lage der Staffel in einem bevölkerten und also ohne Zweifel kinderreichen Stadtteil mußte ein häufiger Verkehr von Kindern an jener Staffel von vornherein in Aussicht genommen werden. Daß kleine Kinder nicht in der Lage sind, für die Gefährlichkeit einer Stelle die Verhältnisse mit dem Bedacht Erwachsener in Erwägung zu ziehen, bedarf keiner Ausführung; auch kann man sich nicht darauf verlassen, daß Kinder eine Verkehrsanlage stets in bestimmungsgemäßer normaler Weise benützen. Eine Sicherheitsschranke, die dem Erwachsenen zureichenden Schutz bietet wird von dem Kind vielleicht in dieser Bedeutung nicht einmal richtig erkannt; und es ist Erfahrungsthatsache, daß gerade solche Stangen von Kindern mit Vorliebe zu Kletterübungen oder ähnlichen Spielen benützt werden, daß dieselben sich über Geländer gerne hinausbeugen, wobei ihnen sowohl die Erkenntnis der Gefahr, als die körperliche Fähigkeit, sich vor dem Fallen zu wahren, abgeht.

Die Beklagte macht hiegegen geltend: zu dem „Publikum", für dessen Sicherheit die Gemeinde zu sorgen habe, seien dreijährige Kinder nicht zu zählen; solche Kinder haben sich auf Straßen und Straßentreppen nur in Begleitung Erwachsener zu bewegen; mit der Rücksichtnahme auf dreijährige Kinder könne der Verkehr nicht rechnen. Es ist jedoch der Beklagten nicht zuzugeben, daß sie bei Anlegung und Sicherung der fraglichen Staffel auf den Zuwandel und Verkehr kleinerer Kinder keine Rücksicht zu nehmen gehabt habe. Die Gemeinde hat bei den Verkehrseinrichtungen auf ihren Straßen, Plätzen, Treppen nicht bloß das erwachsene, sich selbständig bewegende Publikum, sondern auch Personen, welche aus besonderen Gründen in ihrer Bewegungsfähigkeit beschränkt sind, wie namentlich Kinder, vor Gefahr zu schützen, sofern die betreffende Oertlichkeit für den Verkehr auch solcher Personen bestimmt oder doch geöffnet ist. (Vgl. auch § 367 Nr. 12 des St.G.B. „Menschen" welche daselbst verkehren [1]). Nun wird man zwar der Stadtgemeinde nicht zumuten, daß

[1] Oppenhoff, Komm. § 367 Nr. 70. Olshausen a. a. O.

sie auch da einen Verkehr unbeaufsichtigter kleiner Kinder in Rechnung nehme und hiefür Vorsorge treffe, wo nach der Verkehrssitte oder nach der gegenüber den offensichtlichen Gefahren des Betriebs allgemein gebotenen Vorsicht Kinder ohne Aufsicht sich nicht bewegen sollen und regelmäßig sich nicht bewegen; auch wird man nicht verlangen, daß ganz außergewöhnliche Unarten, Wagestücke oder Turnkünste von Kindern mit in Rücksicht zu ziehen seien. Aber auf Wegen und Plätzen, wo Kinder regelmäßig ab- und zugehen oder üblicherweise sich tummeln, ist auch für deren Sicherheit zu sorgen und es ist dabei an die Möglichkeit zu denken, daß dort kleinere Kinder ohne Aufsicht verkehren.

In den weniger bemittelten Kreisen der Bevölkerung wird es den Eltern, die ihren Geschäften nachzugehen haben, nicht immer möglich sein, ihre 3—4jährigen Kinder jeden Augenblick selbst zu beaufsichtigen oder ihnen eine Kindsmagd beizugeben, solche Kinder läßt man in der Nähe der Wohnung ohne Bedenken auf Straßen, Plätzen, Staffeln allein umherlaufen oder spielen. Uebrigens war das fragliche Staffelgeländer selbst für kleinere Schulkinder, welche ja den Weg allein ab- und zugehen müssen, wohl nicht ganz ungefährlich.

Im vorliegenden Fall mußten aber noch die besonderen Verhältnisse in Betracht kommen. Der fragliche Treppenaufgang ist unmittelbar an das Haus des Klägers angebaut, bildet zugleich einen Zuweg zu demselben. Der obere Treppenabsatz (Podest) liegt auf gleicher Höhe mit dem Hauseingang — wie auch mit Hausöhrn, Küche und Wohnzimmer, und ist nur 3 m von der Hausthüre entfernt. Es war also durch diese Lage von selbst gegeben, daß die Bewohner dieses Hauses und daß die darunter begriffenen Kinder sich auf jenem Treppenabsatz häufig bewegen würden, ja fast notwendig zeitweise verkehren mußten und das konnte schon von vornherein bei dieser Anlage in Aussicht genommen werden.

4. Endlich aber sind, wie erwiesen ist, an derselben

Staffel schon mehrfach Kinder zu Fall und zu Schaden gekommen und zwar wenigstens teilweise eben infolge der ungenügenden Sicherungsvorrichtung. (Dies wird näher ausgeführt und dann fortgefahren:) Durch diese Unfälle wird einmal objektiv bestätigt, daß die Staffel in dem seitherigen Zustand für Kinder ein gefährlicher Aufenthaltsort gewesen ist und daß eine bessere Verwahrung notwendig gewesen wäre. Sodann ist wenigstens der eine Unfall, wie erwähnt, zur Kenntnis des damaligen Stadtvorstandes gelangt. Wenn dieser, wozu er gewiß Veranlassung hatte, die entsprechenden Maßnahmen zu besserer Sicherung damals schon getroffen hätte, so wäre, wie anzunehmen, das Kind des Klägers nicht verunglückt. Eine Säumnis ihrer früheren Vorstände oder Beamten hätte die Beklagte auch jetzt noch zu vertreten. Uebrigens kommt es nicht darauf an, ob die Vertreter der Beklagten Kenntnis von jenen Unfällen erlangt und sich hiedurch die Gefährlichkeit des Zustandes zum Bewußtsein gebracht haben; da es sich um einen dauernden Zustand gefährdeter Sicherheit handelte, wäre es die Pflicht derselben gewesen, die Sachlage selbst zu erforschen[1]). Zu der vor Jahren von dem Wundarzt K. ausgesprochenen Ansicht und zu dem Befund, wonach heute der Oberamtsbaumeister die Schutzvorrichtung für ungenügend erachtet, hätten dann auch die mit der Bauinspektion betrauten städtischen Beamten gelangen können. Wenn nach dem Unfall des klägerischen Kindes nunmehr der Stadtbaumeister auf Veranlassung des verst. Stadtschultheißen ein Schutzgitter an der Staffel hat anbringen lassen, so darf man hieraus zwar noch nicht das Eingeständnis einer Versäumnis seitens der Stadtvertretung, aber doch soviel folgern, daß man leicht schon früher hätte Abhilfe treffen können; ob gerade am zweckmäßigsten durch ein Drahtgitter, kann hier dahinstehen. Um eine Hemmung des öffentlichen Verkehrs infolge der Anbringung einer Schutzvorrichtung hat es sich hier überhaupt nicht handeln können.

1) Entsch. des R.-G. Bd. 38 Nr. 59 S. 221; Seuffert, Archiv Bd. 49 Nr. 76.

5. Die Beklagte trifft also ein Verschulden, indem sie die Anbringung zureichender Sicherungsvorrichtungen unterlassen hat. Wäre ein bloßes Unterlassen zur Begründung der aquilischen Klage je nicht für genügend zu erachten, so liegt hier der Fall der Versäumung einer Rechtspflicht und einer durch vorausgegangene Thätigkeit (die Errichtung der Staffel) gebotenen Schutzmaßregel vor [1]).

VI. Das Verschulden der Beklagten ist nach dem schon Ausgeführten als die Ursache des Unfalls anzusehen.

Daß das Kind des Klägers sich durch eigenes Verschulden den Unfall zugezogen habe, wäre, auch wenn man in Betreff des Kausalzusammenhangs von dem Verschulden eines 3jährigen Kindes (infans) überhaupt sprechen darf [2]), keinenfalls anzunehmen; sollte eine Behauptung nach dieser Richtung hin in dem Vorbringen der Beklagten, das Kind müsse sich über die Stange hinausgebeugt haben, zu finden sein, so wäre zu sagen, daß, von dem Mangel eines Beweises hiefür abgesehen, ein solches Verhalten eines kleinen Kindes weder ungewöhnlich noch gar schuldhaft genannt werden könnte.

Was aber den von der Beklagten erhobenen Einwand eines eigenen Verschuldens auf Seiten des Klägers betrifft, so ist derselbe vom Unterrichter mit Recht für unbegründet erklärt worden. Der Vorwurf einer Vernachlässigung in Beaufsichtigung des Kindes ist nicht gerechtfertigt. Daß Kläger persönlich das Kind hätte hüten können und sollen, macht die Beklagte nicht geltend. Von einer culpa in eligendo kann bei ihm, wenn er die Aufsicht über das Kind der hiezu berufenen Mutter anvertraute, selbstverständlich keine Rede sein. Dafür daß Kläger bei seinen hausväterlichen Anordnungen etwas versäumt habe, liegt gleichfalls kein Anhalt vor. Selbst dann, wenn der Kläger seine Kinder ohne Aufsicht auf die Staffel hätte gehen lassen, wäre

---

1) Vgl. Jahrb. der W. Rechtspfl. Bd. I S. 140, Bd. VIII S. 300, Urt. des I. Civ.-S. in S. Ziegler g. Haas 12/III 1897.

2) Vgl. Entsch. des R.G. in Seuffert Bd. 52 Nr. 6 S. 8 u. S. 10.

ihm das nach dem oben Gesagten nicht ohne Weiteres zum Verschulden zuzurechnen. Es konnte den Eheleuten D. bei ihren Verhältnissen nicht zugemutet werden, ihre Kinder — deren es damals fünf im Alter unter 14 Jahren waren — auf Schritt und Tritt durch ein Familienglied bewachen zu lassen. Indessen war der verunglückte Knabe zur fraglichen Zeit nicht ohne Aufsicht gelassen: die Mutter war fast bis zum Augenblick des Unfalls in unmittelbarer Nähe des Kindes gewesen, wie schon dadurch bestätigt wird, daß die Zeugin J. V., welche bei dem Fall des Kindes herbeieilte, die Mutter bereits an der Unglücksstätte antraf. Der Beklagten ist sodann auch darin nicht Recht zu geben, daß es Sache des Klägers gewesen wäre, wenn er den Zustand für gefährlich hielt, die Vertreter der Stadt darauf aufmerksam zu machen. Darnach zu sehen waren die städtischen Beamten zunächst berufen und es kann dahin gestellt bleiben, ob der Kläger (dessen Kindern ein Unfall an der Staffel bis dahin noch nicht zugestoßen war) die Gefährlichkeit voll erkannt hatte oder erkennen mußte.

Auch der Mutter des Kindes kann ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden; keinenfalls wenn der Hergang der von ihr — in glaubhafter Weise — geschilderte war; sind die beiden kleineren Kinder anläßlich der Heimkehr der älteren Geschwister rasch von der Mutter hinweg zur Küche hinaus auf die Staffel gegangen, so ist es erklärlich, daß der Mutter keine Zeit mehr blieb, den Unfall noch zu verhüten. Wie dem aber auch sei, so ist eine Versäumnis der Mutter unerweislich und selbst eine Ungeschicklichkeit ihrerseits könnte gegenüber dem Verschulden der Beklagten als eine kausal wirkende Thatsache nicht betrachtet werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Oktober 1897 i. S. Rottenburg gegen Decker.

32.

Haftung einer Gemeinde für ein Verschulden ihres Bau-Akkordanten; Regreßrecht gegen diesen, konkurrierendes Verschulden?

Die Klägerin verlangt im gegenwärtigen Prozeß vom Beklagten den Ersatz von 2300 Mark, welche sie auf Grund einer Vereinbarung vom Juni 1895 dem Wagner W. H. für die Folgen eines nächtlichen Sturzes in ein zur städtischen Dohlenleitung gehöriges, vom Beklagten zur Ausmauerung übernommenes, aber noch unfertiges Schachtloch bezahlt hat. H. hatte zunächst die Stadtgemeinde auf Bezahlung des ihm erwachsenen Schadens verklagt, und als sie auf Grund ärztlicher Gutachten und von der Auffassung ausgehend, daß sie gemäß mehrfachen Entscheidungen des Reichsgerichts in erster Linie hafte, sich zur Bezahlung der genannten Summe verstand, wurde nicht allein dem darüber am 15. August 1895 erfolgten Eintrag ins Gemeinderatsprotokoll ein Vorbehalt des Regresses „an den schuldigen Teil, Maurermeister W. M." einverleibt, sondern auch der Beschädigte veranlaßt, mittelst Urkunde vom 25. September 1895 ihr alle ihm aus jenem Unfall gegen dritte Personen, insbesondere gegen W. M. zustehenden Rechte abzutreten. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, im Berufungsverfahren aus folgenden

Gründen:

Es steht fest, daß der Beklagte, welcher die Herstellung dreier Schächte an einer Dohlenleitung zwischen dem Marktplatz und dem Schwanenwirtshaus zu Freudenstadt von der Gemeinde im Akkord übernommen hatte, am 22. September 1894, nachdem die übrige Arbeit auf jener Strecke fertig war, sich „spät am Nachmittag" — wie die Zeugin B., „circa um 5 Uhr", wie Beklagter selbst sagt, durch den Grabakkordanten die Grube zu dem letzten Schacht, vor dem Eingang zum Ortsweg No. 44, wenig über 1 m von der Hausecke und Hausthüre des Metzgers B. entfernt, ausheben ließ, daß er dieselbe, nachdem er die unterste Schicht gemauert,

als letzter Arbeiter am Platz mit Einbruch der Dunkelheit unverwahrt und unbeleuchtet verließ und daß bald darauf, etwa um 8 Uhr, der Wagner W. H. auf dem Weg zum „Schwanen“ — wie vor und nach ihm je eine weitere Person — in das Schachtloch stürzte und die Verletzungen davontrug, für welche ihm die Stadtgemeinde die Entschädigungssumme von 2300 Mark ausbezahlte, deren Ersatz sie nunmehr von dem Beklagten verlangt.

Der Beklagte bestreitet ein diese Ersatzforderung begründendes Verschulden auf seiner Seite, er bestreitet aber auch die Haftpflicht der Klägerin dem verunglückten 2c. H. gegenüber und endlich die Berechtigung ihres Regreßanspruchs gegen ihn.

Die erwähnten Dohlenschächte, welche der Beklagte herzustellen hatte, fallen nach Art. 16 Z. 1 der Allg. B.-O. unter den Begriff der „Bauwesen“; ihre Herstellung ist daher eine „Bauarbeit“ im Sinne des § 17 der Vollz.-Verordnung vom 23. November 1882, welcher in Ausführung der allgemeinen Vorschrift des Art. 19 des Gesetzes vorschreibt, daß bei Bauausführungen aller Art, . . . „die Bauplätze mit offenem Grund, Baugruben und dgl., an den Wegen und öffentlichen Plätzen gehörig zu verwahren und während der Dunkelheit genügend zu beleuchten sind.“ Für die Befolgung dieser Vorschrift ist, nach Art. 20 des Gesetzes, „sowohl der Bau-Eigentümer, als dessen Baumeister und Bauhandwerker strafrechtlich verantwortlich“. Diese Verantwortlichkeit, welche im Wesentlichen mit der Haftung aus dem aquilischen Gesetz zusammenfällt und welcher demgemäß auch eine civilrechtliche Haftung für den durch Nichteinhaltung der Sicherungsvorschriften veranlaßten Schaden entspricht, greift nach dem ausdrücklichen Anerkenntniß der gesetzgebenden Faktoren dann nicht Platz, wenn den betreffenden Beteiligten nicht die geringste Schuld trifft. Daß letztere Voraussetzung bei ihr nicht zutreffe, hat die Klägerin dadurch anerkannt, daß sie dem verunglückten H. von sich aus die verlangte Entschädigung gewährte.

Der Beklagte, welcher in II. Instanz sich selbst auf das Mitverschulden der Klägerin beruft, hat mit Unrecht in I. Instanz dieses Anerkenntnis der Klägerin beanstandet und ihre Verpflichtung bestritten, an welcher im Hinblick auf die Möglichkeit, Aufsicht und Kontrolle gegenüber dem ausführenden Handwerksmann in entsprechend weiterem Umfang zu üben, nicht gezweifelt werden kann.

Wenn nun die Klägerin im gegenwärtigen Prozeß ihrem Regreßanspruch in erster Linie die Behauptung zu Grund gelegt hat, daß sie durch Befriedigung des rc. H. „ihre prinzipale Entschädigungspflicht erfüllt habe", so kann es darauf nicht ankommen, auf welchem Weg sie von Anfang an zu dieser Auffassung gelangt ist; und wenn sie, wie der Beklagte aus der Fassung des Gemeinderatsprotokolls vom 15. August 1895 schließt, irrigerweise bei der Ausbezahlung der Entschädigungssumme diejenigen Rechtsgrundsätze im Auge hatte, welche eine Gemeinde für berufliches Verschulden ihrer Organe (Vertreter, Beamten) haftbar machen, während sie nunmehr in II. Instanz den Gesichtspunkt der vertragsmäßigen Haftbarkeit des Akkordanten gegenüber der Bauherrin betont, so ist doch der Einwand der Klageänderung schon deshalb unbegründet, weil die Thatsachen, auf welche unmittelbar der Klaganspruch gestützt wird, in beiden Fällen dieselben sind und das Gericht von vornherein an die von der Partei daran geknüpften rechtlichen Konsequenzen und Beurteilung nicht gebunden war. Uebrigens ist zu bemerken, daß die Klägerin schon in I. Instanz laut dem Thatbestand zum landgerichtlichen Urteil ihren Ersatzanspruch „in erster Linie auf Grund des zwischen den Parteien geschlossenen Akkordvertrags" geltend gemacht und in ihren Vorträgen jene in dem Gemeinderatsprotokoll angedeutete irrige Rechtsauffassung mit keinem Wort zum Ausdruck gebracht hat. Daß nun aber den Beklagten ein Verschulden getroffen hat, auf welches zutreffenden Falles ein Regreßanspruch der Klägerin gegründet werden kann, ist im folgenden zu zeigen.

Daß der Zustand, in welchem er mit Einbruch der

Dunkelheit die Schachtgrube verließ, ein sehr gefahrdrohender war, ist außer Zweifel und konnte ihm selbst nicht entgehen. Wenn er behauptet, die Grube mit einigen Brettern, Pflöcken, Stangen und einer Leiter zugedeckt zu haben, so ist nicht nur ein Beweis hiefür nicht erbracht, sondern unter allen Umständen die Unzulänglichkeit der Sicherung, welche in einem jede Gefahr ausschließenden Maße herzustellen oder zu veranlassen ein Leichtes gewesen wäre, durch die Thatsachen unwidersprechlich dargethan. Es ist ferner festgestellt, daß zu der Zeit, wo der gefahrdrohende Zustand eintrat, kein anderer Arbeiter mehr außer dem Beklagten auf dem Platz war.

Dazu fehlte eine zum Schutz oder zur Warnung der Vorübergehenden irgendwie genügende Beleuchtung.

Damit waren die Voraussetzungen für die Haftung des Beklagten nach Art. 20 der B.-O. gegeben. Das Gesetz kann, um seinen Zweck zu erreichen, auf die Art und Weise, wie die mehreren Beteiligten die Verantwortlichkeit unter einander abgegrenzt und verteilt haben, keine Rücksicht nehmen; für die Haftung aus Art. 20 genügt es, wenn durch das Verhalten des Bauhandwerkers bei seiner Arbeit derjenige Zustand herbeigeführt ward, welcher die versäumten Sicherungsmaßregeln notwendig machte. Dieser Zustand trat bei der Schachtgrube am 22. September 1894 in dem Augenblick ein, wo der Beklagte die Arbeit an dem unverwahrten Loch als letzter verließ und damit die Möglichkeit einer Warnung nächtlicher Passanten aufhob. Das thatsächliche Verhältnis allein, wonach zur Einleitung von Schutzvorrichtungen, welche zuvor nicht nötig und nicht möglich gewesen waren, im Augenblick seiner Entfernung keine andere Person zur Stelle war, begründete die polizeiliche Verantwortlichkeit des Beklagten.

Aber seine Verantwortlichkeit war zugleich der Klägerin gegenüber eine vertragsmäßige. In dem durch den Akkord begründeten Vertragsverhältnis war für ihn der Natur der Sache nach auch die Verpflichtung enthalten, die Vorkehrungen zum Schutz gegen etwaige durch seine Thätigkeit im Bereich des Akkordgegenstands bedingte Gefahren zu treffen und die

Bauherrin vor einem ihr als solcher hieraus drohenden Schaden zu bewahren, sofern Niemand zur Stelle war, der etwa kraft einer speziellen Verpflichtung das zu diesem Zweck Erforderliche zu thun berufen gewesen wäre. Zum mindesten hätte er, wenn er den Kreis seiner eigenen Aufgabe noch so eng ziehen zu dürfen glaubte, durch Benachrichtigung oder Aufforderung an die zuständigen Organe der Stadtgemeinde, bei denen er ja eine Kenntnis vom Stand seiner Arbeit nicht voraussetzen konnte, die anderweitige Bewirkung jener Sicherheitsvorkehrungen veranlassen müssen. Daß er aber von all dem gar nichts gethan, begründet ein kontraktliches Verschulden gegenüber der Klägerin. Der Mangel einer dießfälligen ausdrücklichen Akkordbedingung in seinem Vertrag mit der Klägerin konnte ihn sowenig der in der Natur der Sache gelegenen vertragsmäßigen als der im Gesetz begründeten polizeilichen Verantwortlichkeit entheben, und der besonderen Aufforderung Seitens des Stadtbaumeisters bedurfte es unter solchen Umständen nicht; ihre Bedeutung läge nicht sowohl in der Begründung einer neuen Verbindlichkeit und Haftung als in der wiederholten Hervorhebung einer schon zuvor bestandenen Verpflichtung.

Auch die Frage kann unerörtert bleiben, in wie weit die Klägerin gegenüber dem Beklagten als Mitverhafteten aus Art. 20 der B.-O. an und für sich oder auf Grund einer angeblichen Abtretung der H.'schen Ansprüche gegen ihn zum Regreß berechtigt wäre. Denn ihr Regreßanspruch ist jedenfalls durch das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien insofern begründet, als der Beklagte durch schuldhafte Versäumnis in der Erfüllung seiner oben nachgewiesenen Verpflichtungen einen Schaden verursacht hat, für welchen, wie er voraussehen mußte, die Klägerin nach allgemeiner gesetzlicher Bestimmung verantwortlich ist.

Der Beklagte tritt der Regreßforderung der Klägerin mit der Einrede des konkurrierenden eigenen Verschuldens entgegen, welche er mit der Unterlassung der ihr obgelegenen Beleuchtung des Bauplatzes begründet. Allein diese Ein-

wendung ist unzutreffend. Denn gerade vom Boden des Vertragsverhältnisses aus, in welchem der klägerische Regreßanspruch wurzelt, kann der Klägerin keine Versäumnis zur Last gelegt werden, welche den Beklagten zu entlasten geeignet wäre. Nicht nur war es, wie oben ausgeführt wurde, eben der Beklagte, der unmittelbar den gefahrdrohenden Zustand der Baustelle herbeiführte, sondern es durfte auch die Klägerin erwarten, daß der Beklagte, wenn sich bei seiner Arbeit unerwartet ein Bedürfnis nach Sicherheitsvorkehrungen einstellte, ihre Organe in dem wenige Meter entfernten Rathaus benachrichtigen würde; ja, sie hatte ihm eine Laterne auf tragbarem Gestell zur Verfügung gelassen, welche an der nordwestlichen Ecke des B.'schen Hauses stand und welche, angezündet und in geeigneter Weise aufgestellt, dem Zweck vollkommen genügt hätte, in der Nähe verkehrende Personen auf die — immerhin auf einen kleinen Raum beschränkte — Gefahr aufmerksam zum machen.

Wenn sodann der Beklagte auf die selbständige Verpflichtung der Stadtgemeinde hingewiesen hat, die auf einer andern Seite des Schachtloches lagernden ausgerissenen Pflastersteine durch eine Beleuchtung erkennbar zu machen, welche dann auch der Grube zu statten gekommen wäre, so ist auch diese Verteidigung nicht stichhaltig; denn es sind nun eben thatsächlich nicht die Pflastersteine und die ihnen mangelnde Beleuchtung, sondern die unverwahrte Schachtgrube des Beklagten allein die Ursache des Unglücks gewesen.

Der Beklagte hat endlich noch geltend gemacht, daß ein Vorübergehender sich durch die den Arbeitsplatz umgebenden Stein- und Erdhaufen hätte warnen lassen sollen und somit seinen Sturz der eigenen Unachtsamkeit zuzuschreiben habe. Allein diese Behauptung entbehrt der thatsächlichen Begründung; weder ist dargethan, daß ꝛc. H. hinter solchen Stein- und Erdanhäufungen ein unverwahrtes Schachtloch habe erwarten oder vermuten müssen, noch ist zu beweisen, daß dieser Schutt um die Grube solche Dimensionen angenommen hätte, daß er als Absperrung vom Publikum erkannt

oder berücksichtigt werden konnte. Dies war schon vermöge des kleinen Umfangs der ausgehobenen Grube nicht möglich; es ist aber auch durch die Thatsachen der Beweis erbracht, daß weder Steine noch Erdhaufen, so wenig als die angeblichen Sicherungsvorkehrungen des Beklagten jemanden verhindert haben, geradeswegs in die offene Grube hineinzulaufen.

Urteil des II. Civilsenats vom 1. März 1897 in Sachen Matt gegen Freudenstadt.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

33.

Schadensersatzklage einer Gemeinde gegen ihren Schultheißen wegen einer auf Rechtsirrtum beruhenden Anordnung desselben?

Das Oberamt K. verlangte von einigen Hofbesitzern der Gemeinde W. die alsbaldige Reinigung des dortigen Feuersees. Während zwischen den Hofbesitzern und der Gemeinde Verhandlungen darüber schwebten, auf wessen Kosten die Reinigung zu geschehen habe, erbot sich Gemeinderat K., die Arbeit auszuführen, und sein Anerbieten wurde angenommen. Weil K. trotz Strafandrohungen und Mahnungen des Oberamts die Reinigung nicht vornahm, ordnete schließlich der Stadtschultheiß auf Grund des Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 12. August 1879 betr. Aenderungen des Polizeistrafrechts die Reinigung des Sees an, die mit einem Kostenaufwand von 144 Mark durch den Oekonomiestadtpfleger R. und mehrere Arbeiter ausgeführt wurde. Auf Klage von R. und Gen. wurde die Stadtgemeinde W. zur Zahlung der 144 Mark verurteilt; ihre gegen den Stadtschultheißen (der die Prüfung im niederen Verwaltungsfach erstanden hat) gerichtete Klage auf Ersatz dieser Summe ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Mit der Klage wird ein Schadensersatzanspruch verfolgt, welcher auf die von der Klägerin dem Beklagten zur Last

gelegte schuldhafte Verletzung seiner Pflichten als Ortsvorsteher gegründet wird.

1. Die Zulässigkeit des Rechtswegs steht außer Zweifel, sofern in Württemberg die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung über Entschädigungsforderungen (auch des Staates oder der Korporation selbst) gegen öffentliche Diener (einschließlich der Frage der objektiven Verletzung der Dienstpflichten) anerkannt ist. § 13 G.V.G.[1]).

2. Bezüglich der civilrechtlichen Verantwortlichkeit bestehen für die Beamten der Gemeinde keine anderen Grundsätze, als für diejenigen des Staates, und ist im gegenwärtigen Fall in Ermanglung partikularrechtlicher Regelung das gemeine Civilrecht maßgebend[2]).

Ob das Verschulden, welches in der Verletzung der von dem Beamten durch seine Anstellung übernommenen Pflicht zu sorgfältiger Amtsführung liegt, als kontraktliche culpa zu betrachten ist[3]) — oder, wie dritten Personen gegenüber, als außerkontraktliche culpa[4]) — kann dahin gestellt bleiben. Mag die Klage unmittelbar auf das zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestehende Vertrags- und Dienstverhältnis gestützt werden, oder mag sie die — allerdings auch für zulässig zu erachtende[5]) — Syndikatsklage sein, jedenfalls hat der Beklagte als Verwaltungsbeamter für culpa levis einzustehen[6]).

3. Während die den Hofbesitzern von Pfundhardthof von dem Oberamt K. unter Strafandrohung aufgegebene Reinigung ihres Feuersee's als eine zum Schutz gegen Feuersgefahr von den Pflichtigen in Anspruch genommene Dienst-

1) Gaupp, Anhang, S. 13. 14. bei und in Note 41. Desselben Staatsrecht, 2. Aufl., S. 148 B. Boscher's Zeitschrift Bd. 31 S. 244 ff., Streich, Württ. Beamtenges. S. 15 a.

2) Gaupp, Staatsrecht S. 148 B.

3) S. z. B. Streich, Beamtenges. a. a. O., Sarwey, Staatsrecht II S. 285.

4) S. Laband, Reichsstaatsrecht Bd. 1 S. 438. 439. 402 ff. und Gaupp, Staatsrecht S. 140. 141. Note 1.

5) S. R.G. E. Bd. 17 S. 109 ff.

6) Windscheid, Pand. § 448 bei und in Note 4. Boscher's Zeitschrift Bd. 31 S. 242.

leistung erscheint und daher öffentlichrechtlichen Charakter hat[1]), ist mit dem J. K., wem gegenüber er sich auch am 20. Oktober 1892 zur Reinigung des See's verpflichtet haben mag, ein jeder Beziehung zum öffentlichen Recht entbehrender, somit rein privatrechtlicher Vertrag zustande gekommen[2]). Deshalb war die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, den ꝛc. K. außerhalb des Civilrechtswegs, durch Verhängung von Strafen und Androhung von Zwangsmaßregeln zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten, und hat der Beklagte rechtswidrig gehandelt, indem er schließlich gemäß Art. 2 Abs. 2 Ges. vom 21. August 1879 betr. Aenderungen des Polizeistrafrechts unter Anwendung seiner polizeilichen Strafgewalt die Reinigung des See's vollziehen ließ. In ursächlichem Zusammenhang mit diesem rechtswidrigen Handeln hat aber der Beklagte die Klägerin mit den Kosten des Zwangsvollzugs belastet; denn einerseits waren dieselben als solche wegen der Rechtswidrigkeit der Maßregel nicht von ꝛc. K. zu tragen; andererseits hat der Beklagte durch die von ihm behufs deren Ausführung mit ꝛc. R. und Gen. geschlossenen Verträge die Klägerin verpflichtet, weil er hiebei an sich innerhalb des Kreises seiner amtlichen Befugnisse gehandelt hat.

4. Zur Ersatzleistung an die Klägerin kann aber der Beklagte nicht angehalten werden, weil eine auch nur ein leichtes Verschulden enthaltende Verletzung seiner Amtspflichten nicht vorliegt.

a) Der Beklagte mußte wissen und wußte, wie zu unterstellen ist, daß privatrechtliche Verbindlichkeiten nicht auf polizeilichem Wege erzwungen werden dürfen; sein Vorgehen gegen K. beruhte demnach auf der Annahme, daß die von diesem übernommene Verpflichtung nicht privatrechtlicher Natur sei, also auf einem Rechtsirrtum. Nicht jeder Rechtsirrtum eines Beamten begründet ein civilrechtlich zu vertretendes Verschulden[3]). Die Scheidung des Gebiets öffent-

1) Sarwey, öffentl. Recht §§ 49. 53.

2) Sarwey a. a. O. § 19.

3) Seuffert's Arch. Bd. 38 Nr. 228.

lich rechtlicher und privatrechtlicher Verpflichtungen ist überhaupt eine schwierige, sie erfordert — zumal bei dem Mangel die Materie erschöpfender Gesetze — Vertrautheit mit der juristischen Theorie und Rechtsprechung. Solche Kenntnisse sind aber einem Verwaltungsbeamten von der Bildungslaufbahn des Beklagten nur in geringem Maße zuzumuten, daher auch in an sich einfachen Fällen eine unrichtige Beurteilung nahe liegt. Der Beklagte wurde zu seinem Irrtum ohne Zweifel dadurch verleitet, daß die Reinigung des See's den Hofeigentümern unter Strafandrohung aufgegeben war, daß rc. K. gerade dieselbe Thätigkeit zu verrichten übernahm, daß auch letztere feuerpolizeilichen Zwecken zu dienen bestimmt war und daß der Beklagte sich als Ortsvorstand zur Ueberwachung verpflichtet hielt. Das hiebei unterlaufene Versehen, daß mit dem Wechsel der pflichtigen Person dieselbe Thätigkeit ihren rechtlichen Charakter verändert hatte, erscheint bei den an die Rechtskenntnisse des Beklagten zu stellenden Anforderungen völlig verzeihlich.

Dazu kommt nun aber noch, daß der Beklagte durch das Oberamt, welches sein Vorgehen gegen rc. K. vollkommen billigte, in seiner bisherigen Auffassung auf das Entschiedenste bestärkt und sicher gemacht werden mußte. Hiebei erscheint die Behauptung der Klägerin, daß das Oberamt, nachdem es angeordnet, dem rc. K. einen angemessenen Termin zu geben, eventuell eine Ungehorsamsstrafe anzudrohen, dem Beklagten nahegelegt habe, sich vor weiteren Schritten mit dem Gemeinderat zu verständigen, um deswillen unerheblich, weil die selbständige Behandlung der Angelegenheit durch den Beklagten innerhalb seiner Zuständigkeit als Ortsvorsteher lag. Der schließliche Zwangsvollzug war hienach nur der folgerichtige Schluß eines Verfahrens, welches eingeschlagen zu haben, als Verschulden irgend welchen Grades dem Beklagten nicht angerechnet werden kann.

b) Unbegründet ist auch die Behauptung der Klägerin, daß dem Beklagten deshalb ein Verschulden zur Last falle, weil er zuwider der Bestimmung des § 41 des Verwaltungs-

edikts unterlassen habe, vor Anordnung des Zwangsvollzugs die Genehmigung des Gemeinderats einzuholen.

Nach der genannten Bestimmung hat in Polizeisachen der Ortsvorsteher die ihm nötig dünkenden Anordnungen, besonders insofern sie mit Kosten für die Gemeinde verbunden sind, im Gemeinderate vorzutragen und wenn er sich bei dem Beschlusse desselben nicht beruhigen zu können glaubt, die oberamtliche Entscheidung einzuholen. Nach dem gegenwärtig geltenden Rechte übt der Ortsvorsteher, abgesehen von der in Art. 2—5 des cit. Ges. vom 12. August 1879 den Gemeinderäten verliehenen Gerichtsbarkeit seine Amtsgewalt zwar selbständig aus; doch sind die Gemeinderäte zur Beschlußfassung über solche polizeiliche Maßregeln zuständig, welche mit Kosten für die Gemeinde verknüpft sind [1]).

Um eine Maßregel letzterer Art hätte es sich aber im vorliegenden Falle nicht gehandelt.

Der an sich vom Ortsvorsteher innerhalb seiner Zuständigkeit zu verhängende Zwangsvollzug hätte auf Kosten des rc. K. zu geschehen gehabt, sodaß im ungünstigsten Falle der Klägerin nur eine Vorschußleistung auf Wiederersatz obgelegen hätte. Unter den „Anordnungen, welche mit Kosten für die Gemeinde verbunden sind" im Sinne des cit. § 41 sind aber nur solche zu verstehen, welche die Gemeinde dauernd belasten, zumal dann, wenn mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der in Aussicht zu nehmenden Kosten das durch die Vorschußleistung erwachsende Risiko nicht ins Gewicht fällt. Wäre hiernach in dem Falle, daß die gegen rc. K. ergangene Verfügung zu Recht bestanden hätte, die Genehmigung des Gemeinderats nicht einzuholen gewesen, so kann es dem Beklagten nicht zum Vorwurf gereichen, daß er sich ebenso verhalten hat in Beziehung auf eine Verfügung desselben Inhalts, an deren Rechtsmäßigkeit er glaubte.

Urteil des II. Civilsenats vom 11. März 1897 in Sachen Scheu gegen Weilheim.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

1) Gaupp, Staatsrecht S. 235. Fleischhauer, Verwaltungsgesetzgebung, S. 60, Note 1 zu § 41.

34.

Begründung der Klage auf Schadensersatz wegen Verlöbnisbruchs; Leugnung von Klagebehauptungen oder Einrede?

Das Thatsächliche ergibt sich aus den

Gründen:

Nach bekannten Grundsätzen über Behauptungs- und Beweispflicht hat derjenige, welcher einen Anspruch im Rechtsweg geltend macht, wenn der Angegriffene die Entstehung dieses Anspruchs leugnet, die Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche den erhobenen Anspruch entstanden erscheinen lassen.

Die Klägerin hat den eingeklagten Anspruch auf Entschädigung wegen Verlöbnisbruchs auf die angebliche grundlose Weigerung des Beklagten, die Ehe mit ihr zu schließen, gestützt: Beklagter aber hat, unter Bestreiten solcher Weigerung, in erster Linie Aufhebung des Verlöbnisses durch beiderseitige Einwilligung der Parteien geltend gemacht. Die Ansicht des vorigen Richters, daß es Sache des Beklagten gewesen wäre, die Darstellung der Klägerin zu widerlegen, beruht auf der unrichtigen Rechtsanschauung, daß der Entschädigungsanspruch wegen Verlöbnisbruchs schon mit dem rechtsgültigen Verlöbnis und dem Ausbleiben der Eheschließung begründet sei. Es liegt auf der Hand, daß diese Auffassung nicht durch den Hinweis darauf gerechtfertigt werden konnte, daß, wie in dem vom Unterrichter angeführten Entscheidungen ausgesprochen, die Klage auf Rückgabe der unter Verlobten in Voraussetzung der künftigen Eheschließung gegebenen Geschenke mit der Aufhebung des Verlöbnisses an sich fundiert erscheint. Durch das Verlöbnis übernehmen die Parteien zwar die Verpflichtung, künftig die Ehe miteinander einzugehen. Eine auch nur eventuelle Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung aber ist mit der Eingehung des Verlöbnisses noch nicht und, sofern, wie nach gemeinem Recht, Klage auf Schließung der Ehe statthaft ist, auch noch

nicht mit der hierauf gerichteten Verurteilung gegeben. Der Entschädigungsanspruch entsteht vielmehr erst durch schuldhafte Nichterfüllung des Eheversprechens und ist gerichtet auf Ersatz des durch dieselbe dem andern Theil verursachten Schadens[1]).

Die Klägerin hat nun allerdings schuldhafte Nichterfüllung des Eheversprechens seitens des Beklagten geltend gemacht mit der Behauptung, daß er gegen ihren Willen einseitig und ohne rechtfertigenden Grund sich geweigert habe, die Ehe mit ihr zu schließen; denn der Verlobte ist zum einseitigen Rücktritt nur ausnahmsweise, aus besonderen, daher von ihm zu beweisenden Gründen berechtigt. Indem aber der Beklagte vertragsmäßige Aufhebung des Verlöbnisses behauptet, hat er nicht den Einwand, zum Rücktritt berechtigt gewesen zu sein, erhoben, sondern seinen einseitigen Rücktritt und hiemit den von der Klägerin behaupteten Grund der Entstehung des erhobenen Anspruchs bestritten. Daß hieran der Umstand nichts zu ändern vermag, daß der Beklagte die Aeußerung, in welcher die Klägerin eine Rücktrittserklärung gefunden wissen will, wenn auch in einigermaßen anderem Zusammenhang gethan zu haben zugesteht, geht schon daraus hervor, daß er die derselben von der Klägerin beigelegte Bedeutung überhaupt leugnet (§ 262 Abs. 2 C.P.O.)[2]).

Während es hienach Pflicht der Klägerin war, den behaupteten einseitigen Rücktritt des Beklagten vom Verlöbnis thatsächlich darzulegen und zu beweisen, ist den von ihr zu diesem Zweck behaupteten Thatsachen bei Zusammenhalt mit dem unbestrittenen Thatbestand die Schlüssigkeit abzusprechen (was näher ausgeführt wird).

Urteil des II. Civilsenats vom 24. März 1898 in Sachen Strohm gegen Horn.

1) v. Scheurl, Eherecht, S. 384, R.G.E. 39, 188 ff. Stiegele, Kom. z. R.G. v. 6. Febr. 1875, S. 241 in Note 11.

2) Planck, Lehrb. des D. C.P.Rechts Bd. I S. 325.

35.

Inwieweit ist nach Scheidung der Ehe derjenige Gatte, dem das Recht der Erziehung der Kinder nicht zukommt, zum Zutritt zu und Umgang mit den Kindern berechtigt?

Den Gegenstand des Rechtsstreites bildete die Frage, ob (und in welchem Umfang) der in Heilbronn ansäßige Kläger von der in Frankfurt a. M. wohnenden Beklagten Ueberlassung des gemeinschaftlichen, am 16. Juli 1891 geborenen Kindes Albert R. zu verlangen berechtigt ist. Aus den — den näheren Sachverhalt ergebenden —

Gründen

des Berufungsurteils: Nach einer klaren gesetzlichen Vorschrift[1]) gebührt im Falle der Ehescheidung dem unschuldigen Gatten das Recht, die gemeinschaftlichen Kinder zu erziehen, mit der Maßgabe, daß dem richterlichen Ermessen eine abändernde Regelung dann vorbehalten bleibt, wenn die Rücksicht auf das Wohl der Kinder es unbedingt erheischt[2]).

Vorliegend ist die Ehe der Parteien auf Antrag der Beklagten rechtskräftig geschieden, weil der Kläger durch geschlechtlichen Verkehr mit Pauline N. und Helene P. die Ehe mehrfach gebrochen hat. Demgemäß gebührt an sich der Beklagten das Erziehungsrecht an dem aus der Ehe vorhandenen gemeinschaftlichen Kinde, wie dies der Kläger selbst wenigstens für die nächsten Jahre unumwunden einräumt.

Das Erziehungsrecht gestattet zwar, was keiner eingehenderen Begründung bedarf, eine förmliche Zerlegung oder Teilung zwischen mehrern Personen nicht; es schließt vielmehr die Einwirkung jedes Dritten auf das Kind aus und begreift von selbst die Befugnis in sich, nicht nur den Erziehungsplan aufzustellen und durchzuführen, sondern auch den jeweiligen Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und es

1) Nov. 117 cap. 7; L. un. Cod. Div. fact. (5, 24).

2) Sarwey im Arch. f. civil. Pr. 31, 440 f.; 32, 1 f. Seufferts Arch. 33 No. 313 S. 431. Entsch. d. R.G. i. C. 9, 382; 37, 190.

nach Belieben vor der Berührung mit andern Personen zu bewahren. Allein der an der Scheidung schuldige Ehegatte geht nur des eigentlichen Erziehungsrechts, nicht auch seiner elterlichen Stellung im allgemeinen verlustig, vielmehr ist er insbesondere nach wie vor so berechtigt wie verpflichtet, sich von dem geistigen wie leiblichen Wohl seiner Kinder in angemessenen Zeiträumen durch eigene Wahrnehmung zu überzeugen und einer völligen Entfremdung nach Kräften vorzubeugen [1]).

Er kann folgerichtig gegenüber dem unschuldigen Ehegatten die Gestattung persönlichen Verkehrs mit den Kindern beanspruchen und diesen zweifellos zivilrechtlichen Anspruch gerade so wie es bezüglich des Erziehungsrechts der Fall ist [2]), im Weg der ordentlichen Klage oder der Einrede verfolgen.

Bei dem handgreiflichen Widerstreit zwischen dem ausschließlichen Erziehungsrecht des unschuldigen Gatten und den daraus fließenden Einzelbefugnissen einerseits, dem Recht des schuldigen Gatten auf vorübergehendes Zusammensein mit den Kindern andererseits muß nach den Grundsätzen der Billigkeit ein der Sachlage Rechnung tragender Ausgleich gesucht werden, dagegen rechtfertigt das allgemeine Elternrecht keinerlei Ansprüche, deren Durchführung das Erziehungsrecht des unschuldigen Gatten in einem außergewöhnlichen, unbilligen Maße beeinträchtigen würde.

Vorliegend fordert der Kläger im Anschluß an die vorderrichterliche Entscheidung, und zwar sowohl auf Grund seines väterlichen Rechts als auch aus dem angeblichen Recht des von ihm vertretenen Kindes, daß dieses ihm von der Beklagten alljährlich in der Zeit vom 1. März bis 1. Oktober auf die Dauer von vier Wochen — nach Wahl der Beklagten zusammenhängend oder auf zwei Mal verteilt —

1) Motive z. bürg. Gesetzb. 4, 628. Württ. Archiv 4, 436. Seufferts Archiv 35, Nr. 296 S. 429.

2) Entsch. d. R.G. i. C. 9, 381; 37, 190. Windscheid, Pand. 2 § 520 Ziff. 2.

gegen seine Verpflichtung zum Abholen und Zurückbringen überlassen werde.

a) Während bei der räumlichen Entfernung zwischen den beiderseitigen Wohnsitzen eine nur wenige Tage dauernde Ueberlassung des Kindes an den Kläger vernünftigerweise überhaupt nicht in Betracht kommt und vom Kläger auch nicht vorsorglich begehrt wird, wäre es gegenüber der Beklagten eine empfindliche Härte, wenn ihr von vornherein je über die Dauer von mehreren Tagen oder gar Wochen zu Gunsten des Klägers das Recht entzogen würde, den Aufenthalt des Kindes nach eigenem Ermessen zu bestimmen, es in eigener Pflege, Hut und Aufsicht zu haben und es stets in unmittelbarem Gewaltbereich oder doch in leicht erreichbarer Nähe zu wissen. Außerdem läge die Gefahr sehr nahe, daß der eine erhebliche Spanne Zeit hindurch wirksame einseitige Einfluß des Klägers auf das der Beklagten völlig entrückte Kind die Durchführung ihres Erziehungsplans wo nicht durchkreuzen so doch ernstlich erschweren würde, wie denn der Kläger selbst vorträgt, er möchte männlichen Geist in dem Kinde wecken, d. h. dessen seelische Ausbildung seinen eigenen Anschauungen und Plänen anpassen. Endlich müßte ein längerer Aufenthalt des Kinds bei dem in zweiter Ehe lebenden Kläger weit eher, denn ein anderwärts in Abwesenheit der Beklagten erfolgender Verkehr mit demselben das noch sehr jugendliche, unbefestigte Kind in Verwirrung bringen und der Beklagten entfremden, auch wenn die zweite Ehefrau des Klägers die besten Eigenschaften und den besten Willen besitzt [1]).

b) Dringt demgemäß der Kläger kraft seines eigenen, väterlichen Rechts nicht durch, so vermag er sich auch nicht mit Erfolg auf das angebliche Recht des Kindes zu stützen. Es kann dem Kläger zugestanden werden, daß dasselbe ihn zärtlich liebt und den regen Wunsch hat, von Zeit zu Zeit ihn zu sehen und bei ihm zu sein. Beim Widerspruch zwischen bloßer Neigung und bloßem Wunsch des Kindes einerseits

1) Württ. Archiv 4, 436. Seuffert's Archiv 35 Nr. 296 S. 429.

und dem Willen der Beklagten anderseits fällt aber der letztere entscheidend ins Gewicht, weil er durch ihr Erziehungsrecht gedeckt wird. Soweit dagegen der Kläger einen rechtlichen Anspruch des Kindes auf zeitweiliges Zusammensein mit seinem Vater behaupten will, hat zunächst er selbst, nicht die Beklagte, die sachgemäßen Schritte zu thun. Nur wofern die Beklagte nachweisbare grobe Erziehungsfehler begehen und hiedurch eine tüchtige Entwickelung des Kindes gefährden würde, wäre an sich der Kläger als dessen gesetzlicher Vertreter berufen, Abhilfe herbeizuführen und zu diesem Zweck geeignetenfalls namentlich auch die zeitweilige Ausantwortung an seinen (den klägerischen) Wohnsitz zu erwirken. Indessen weiß er einen triftigen Anlaß hiezu nicht darzulegen, vielmehr ist nirgends ein berechtigtes Interesse des Kindes an einem längeren Verkehr mit dem Kläger gerade an dessen Wohnort angezeigt. Wohl mag für den Kläger eine Unbequemlichkeit darin liegen, wenn er auf Begegnungen mit dem Kind am Wohnsitz der Beklagten oder an dritten Orten verwiesen wird. Dieses Ergebnis beruht jedoch auf der von ihm — durch seine Ehebrüche — selbst verschuldeten und nun nicht mehr zu ändernden Thatsache, daß die Beklagte als Inhaberin der Erziehungsgewalt das Recht hat, den Aufenthalt des Kindes nach pflichtmäßigem Gutdünken, ohne jede Rücksicht auf den Kläger, zu bestimmen. Vergeblich beruft sich deshalb der letztere auf die Unzuträglichkeiten, die ihm als vielbeschäftigten Anwalt erwachsen, wenn er genötigt würde, das Kind in Frankfurt a. M. oder an dritten, von der Beklagten willkürlich gewählten Orten aufzusuchen. Angesichts der bestehenden Verhältnisse leistet die Beklagte dem klägerischen Recht auf zeitweiligen Verkehr mit dem Kinde vollständig Genüge durch das Anerbieten, es am Ort ihres eigenen Aufenthalts dem Kläger nicht zu entziehen. Einen solchen Verkehr hat der Kläger aber nicht zum Gegenstand eines Klagantrags im gegenwärtigen Rechtsstreit gemacht, wonach die nur für Art und Maß der dem Kläger zuzubilligenden Begegnungen mit

dem Kinde wichtigen Thatsachen hier keiner Erörterung bedürfen und namentlich die klägerischen Einwendungen gegenüber den Vorschlägen der Beklagten unerheblich erscheinen.

Urteil des II. Civilsenats vom 22. April 1897 in Sachen Rosengart gegen Rosengart.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

Von den gleichen Grundsätzen ist der erste Civilsenat in dem Urteil vom 1. Juni 1897 in Sachen S. gegen S. ausgegangen und hat mit Rücksicht auf das Wohl des Kinds die Klage des Vaters abgewiesen, die darauf gerichtet war, daß die Mutter ihrer unbestrittenermaßen vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung gemäß ihm das Kind jährlich gewisse Zeit überlasse. Die Revision gegen dieses Urteil ist ebenfalls zurückgewiesen worden.

B. in Straffachen.

1.

Enthält § 35 Abs. 2 der Vollzugsverfügung zum Malzsteuergesetz eine Kontrollevorschrift?

Art. 17 Ziff. 1 des württemb. Malzsteuergesetzes vom 8. April 1856 besagt: „Einer Geldstrafe bis zu 30 fl. unterliegt die Uebertretung der Vorschriften —, welche in den zur Vollstreckung (dieses Gesetzes) von Uns nach Anhörung Unseres Geheimenrats etwa zu erlassenden Verordnungen werden getroffen werden (Kontrollevergehen), soweit nicht besondere Strafen angedroht sind". § 35 Abs. 2 der Vollzugsverfügung vom 9. April 1856 bestimmt: „Die Beamten sowie die Abgabe- und Kontrollepflichtigen haben gegenseitig ein anständiges Benehmen einzuhalten".

Wegen Verfehlung gegen letztgenannte Vorschrift durch ungebührliches Benehmen gegen zwei Steuerwächter ist der Angeklagte vom Amtsgericht F. auf Grund des angeführten Art. 17 Abs. 1 zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Auf seine Berufung hat die Strafkammer des Landgerichts Rottweil auf Freisprechung erkannt; die Revision des (als Nebenkläger aufgetretenen) K. Steuerkollegiums, Abt. für Zölle und indirekte Steuern, gegen dieses Urteil ist verworfen worden.

Aus den Gründen:

Der Vorderrichter erklärt eine Bestrafung des Angeklagten sowohl wegen der gegenüber dem H. als der gegenüber dem M. begangenen Ungebühr unter allen Umständen deshalb für ausgeschlossen, weil die Vorschrift des § 35

Abs. 2 der Vollzugsverfügung keine Bestimmung sei, deren Uebertretung unter Art. 17 Z. 1 des Malzsteuergesetzes falle, und weil die eventuell in Betracht kommende Strafbestimmung des Art. 3 des Ges. vom 12. August 1879 betr. die Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes nur die gegenüber einer Behörde, nicht aber gegenüber einem sich lediglich als Vollzugsorgan einer solchen darstellenden Beamten verübte Ungebühr im Auge habe. Diese Auffassung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Die von dem Nebenkläger aus der allerdings zutreffenden Thatsache, daß die K. Entschließung vom 9. April 1856 zur Vollstreckung des Malzsteuergesetzes ergangen ist, gezogene Folgerung, daß — sämtliche — Zuwiderhandlungen gegen präzeptive Vorschriften dieser Vollzugsverfügung, also auch gegen § 35 Abs. 2 der letzteren, unter den Art. 17 Z. 1 cit. fallen, kann nicht als richtig erachtet werden.

1) Die Vollzugsverfügung vom 9. April 1856 enthält eine große Anzahl präzeptiver Normen, deren Nichtbefolgung zweifellos die Strafe des Art. 17 Z. 1 cit. nicht nach sich zieht. Dies trifft insbesondere auf die sehr zahlreichen an die Umgeldskommissäre, das Kameralamt und das Oberamt, aber auch auf die an die niederen Beamten der Steuerverwaltung — Acciser, Steuerwächter, Steuerwachtmeister — gerichteten Anweisungen zu. Diese Vorschriften haben bezw. hatten lediglich den Charakter einer Dienstinstruktion, wie denn auch die Verfügung vom 9. April in § 1 Z. 2 selbst als „Instruktion" bezeichnet wird. Verfehlungen gegen die Dienstinstruktion unterliegen aber, soweit nicht ein Amtsverbrechen oder ein Amtsvergehen in Frage steht, überall der disziplinären Ahndung durch die vorgesetzte Behörde. Wenn z. B. in § 38 der Verfügung bestimmt ist, das Kameralamt habe auf Grund der ihm von dem Umgeldskommissariat zukommenden Malzsteuerberechnungen ohne Verzug die Malzsteuer auf die bestimmten Termine zum Einzug zu bringen und im Säumnisfalle die gesetzliche Exekution einzuleiten, so wird wohl auch der Nebenkläger eine Verfehlung gegen

diese instruktionelle Anweisung, die doch auch eine präzeptive Vorschrift ist, nicht der Strafandrohung des Art. 17 Z. 1 des Ges. vom 8. April 1856 unterstellen wollen.

2) Die Uebertretungen der in den nach Art. 17 Z. 1 cit. zu erlassenden Verordnungen enthaltenen Vorschriften sind in dieser Gesetzesbestimmung als „Kontrollevergehen“ bezeichnet. Unter solchen Vergehen pflegt man aber doch nicht Verfehlungen der kontrollierenden Beamten, sondern Handlungen, durch welche die Thätigkeit der letzteren gehemmt, die Erhebung und die Kontrolle behufs Erhebung der Abgaben erschwert wird, also Vergehen d r i t t e r zu verstehen. Jedenfalls kann man nicht von einem Kontrollevergehen sprechen, wenn der Steuerbeamte etwa bei einer im übrigen gesetzmäßigen Kontrolle eines Pflichtigen gegen diesen ein unanständiges Betragen an den Tag legt. Die Ansicht des Nebenklägers, daß diesfalls ein Beamter sich einer Uebertretung im Sinne des Art. 17 Z. 1 cit. schuldig mache, ist daher zweifellos unzutreffend.

3) Wenn aber der B e a m t e dieser Strafbestimmung nicht unterstellt ist, so kann dies angesichts der, dazu noch in einem und demselben Satze ausgesprochenen, Gleichstellung der Beamten und der Abgabe- und Kontrollepflichtigen auch bei den b e i d e n l e t z t e r n K l a s s e n nicht der Fall sein.

4) Wenn man indes auch die an die Abgabe- und Kontrollepflichtigen gerichtete Weisung, gegen die Beamten der Steuerverwaltung ein „anständiges Betragen einzuhalten“, loslöst aus ihrer Verbindung mit der entsprechenden, den Beamten geltenden Instruktion, so gelangt man gleichfalls zur Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 17 Z. 1 des Malzsteuergesetzes auf Verfehlungen der Pflichtigen gegen § 35 Abs. 2 der Vollzugsverfügung. Denn auch dann kann von der Annahme eines „Kontrollevergehens“ nicht die Rede sein. Wohl ist ein unanständiges Verhalten der Pflichtigen gegen den Beamten geeignet, die Thätigkeit des letzteren durch Erregung von Unmut zu erschweren. Der Beamte darf und wird sich aber hiedurch in der Erfüllung seiner Pflicht nicht

beirren lassen. Eine Erschwerung im Sinne einer ungünstigen Beeinflussung der amtlichen Thätigkeit bei Erhebung und bei der Kontrolle zwecks Erhebung der Abgaben kann in einem unanständigen Betragen des Pflichtigen niemals liegen. Dazu kommt, daß die Bestimmung des § 35 Abs. 2 cit. sich keineswegs nur auf die Fälle, in denen der Pflichtige gerade einem kontrollierenden Beamten gegenübersteht, bezieht. Wenn es in dem ersten Absatz des § 38 cit. den Steuerbeamten zur Pflicht gemacht wird, den der Abgabe und Kontrolle Unterworfenen auf Ansuchen und bei jeder sich sonst darbietenden Veranlassung über die zu beobachtenden Vorschriften Belehrung zu erteilen (eine Weisung, die sich gewiß nicht nur auf das niedere Steuerpersonal bezieht) und im unmittelbaren Anschluß hieran eingeschärft wird, daß die Beamten sowie die Abgabe- und Kontrollepflichtigen gegenseitig ein anständiges Betragen einzuhalten haben, so muß logischerweise diese Vorschrift zunächst auf den in Abs. 1 des § 35 erwähnten Verkehr bezogen werden. Wenn nun ein Pflichtiger sich etwa auf dem Kameralamt Rats erholt, wie er die Einträge in das Malzregister zu machen habe und hiebei die Grenzen des Anstands überschreitet, so kann in diesem Verhalten doch kein „Kontrollevergehen" erblickt werden.

Der Hinweis des Nebenklägers auf § 32 der Vollzugsverfügung ist unzutreffend, dort handelt es sich ganz zweifellos um eine Erschwerung der Kontrolle und daher nur eine Vergehung gegen Art. 17 Z. 1 des Malzsteuergesetzes.

5) Auch in § 36 der Vollzugsverfügung ist eine auf die Belehrung der Pflichtigen bezügliche Weisung enthalten. Es ist nun aber doch nicht wohl anzunehmen, daß zwischen die beiden auf die Unterweisung der Abgabe- und Kontrollepflichtigen abzielenden Instruktionen eine Bestimmung eingeschaltet werden wollte, deren Verletzung eine kriminelle Strafe nach sich ziehen sollte.

6) Wenn in dem Gesetze vom 8. April 1856 bezw. in der Vollzugsverfügung hiezu die Ungebühr gegen einen Steuer-

beamten hätte unter Strafe gestellt werden wollen, so wäre dies zweifellos nicht in der Form der Erlassung einer Gebotsnorm, sondern in der Form einer Prohibitivbestimmung geschehen, um so mehr als in dem Art. 9 des Polizeistrafgesetzes vom 2. Oktober 1839 des Inhalts: „Die Verletzung der einer öffentlichen Behörde gebührenden Achtung in schriftlichen oder mündlichen Vorträgen ist, wenn die Aeußerung nicht unter die Bestimmungen der Art. 162—167 des Strafgesetzbuchs über die Beleidigung der Amtsehre fällt, mit Verweis . . . zu rügen", ein Vorgang gegeben gewesen wäre.

Wenn sodann, falls man in der Nichtbefolgung des § 35 Abs. 2 cit. eine strafbare Ungebühr erblicken wollte, die Abrügung einer gegenüber einer Steuer b e h ö r d e begangenen Ungebühr in Frage kam bezw. käme, so würde es sich fragen, ob man diese nach Art. 17 Z. 1 des Malzsteuergesetzes oder nach Art. 9 des Polizeistrafgesetzes zu bestrafen gehabt, und jetzt den Art. 17 Z. 1 cit. oder den Art. 3 des Ges. vom 12. August 1879 betr. Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 17. Dezember 1871 zur Anwendung zu bringen hätte? eine Frage, deren Beantwortung um so wichtiger ist, als die Uebertretungen i. S. des Art. 17 cit. in 3 Jahren die Uebertretungen des Art. 3 cit. aber schon in 3 Monaten verjähren, aber aus dem Gesetze heraus nicht erfolgen kann.

Endlich: wenn eine Verfehlung gegen § 35 Abs. 2 der Vollzugsverfügung der Strafsanktion des Art. 17 cit. zu unterstellen wäre, so wäre es auffallend, daß in dem mehrerwähnten Gesetze vom 25. August 1879, welches eine einheitliche 3jährige Verjährungsfrist für die Strafverfolgung wegen der Zuwiderhandlungen gegen die Landessteuergesetze bestimmt hat, nicht eine Ausnahme zu Gunsten der Ungebühr gemacht worden wäre, nachdem in dem am 12. August 1879, also ganz kurze Zeit zuvor ergangenen Landespolizeistrafgesetz es bei der 3monatlichen Verjährungsfrist für die Ungebühr gegenüber einer Behörde belassen worden ist.

Daß die gegen die beiden Steuerbeamten begangene Ungebühr nicht nach dem Art. 3 des Ges. vom 12. Aug. 1879

abgerügt werden kann, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen und ist auch vom Beschwerdeführer zugegeben. Wenn dieser hervorhebt, daß bei Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 7 Z. 1 des Malzsteuergesetzes auf die Nichtbeobachtung des § 35 Z. 2 der Vollzugsverfügung die Organe der Steuerverwaltung des Schutzes gegen Ungebühr seitens der Pflichtigen entbehren würden, so ist zu bemerken, daß wohl in der Mehrzahl der Fälle ungebührlichen Verhaltens — zugleich — der Thatbestand der Beleidigung gegeben ist und weiter, daß auch für die Organe des Sicherheitsdienstes eine besondere Strafbestimmung wegen Ungebühr nicht geschaffen ist.

Urteil des Straffenats vom 25. Oktober 1897 in der Strafsache gegen Karl Bühler.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

4.

Die Bauordnung kennt — abgesehen von den Fällen, in welchen die Erteilung der Bauerlaubnis in das Ermessen der Baupolizeibehörden gestellt ist — nur unbedingte und gegen jeden Baulustigen wirksame Bauverbote, von denen nur im Wege der Dispensation nach Art. 76 Ausnahmen zulässig sind.

Im Februar 1897 hat die Katharinenhospitalverwaltung in Stuttgart namens des Katharinenhospitals, das rechtlich eine Stiftung mit selbständiger juristischer Persönlichkeit darstellt, die baupolizeiliche Genehmigung zur Herstellung eines neuen Küchen- und Waschküchengebäudes nebst Dampfkamin und Leichenhaus auf einer von der Stadtgemeinde Stuttgart für den Spital erworbenen Grundfläche auf der westlichen Seite der Seestraße zwischen der Jäger- und Sattlerstraße nachgesucht. Schon in einer Eingabe vom 17. August 1896 hatten gegen dieses Vorhaben zahlreiche benachbarte Hausbesitzer auf Grund eines nach ihrer Behauptung auf die fragliche Grundfläche gelegten unbedingten Bauverbots und außerdem aus sanitätspolizeilichen und ästhetischen Rücksichten Einsprache erhoben. Mit Entscheidung vom 20. Mai 1897 hat das K. Ministerium des Innern diese Einsprache zurückgewiesen und das Baugesuch genehmigt, davon ausgehend, daß das auf der Umgebung des Katharinenhospitals nach den Ministerialerlassen vom 26. Oktober 1847, vom 4. Mai 1860 und 24. Februar 1871 ruhende Bauverbot, wie dies wiederholt

bei früheren Erweiterungsbauten des Katharinenhospitals zum Ausdruck gebracht worden sei, die Erstellung von Wohngebäuden, Fabriken und andern Bauten dritter Personen in der Umgebung des Katharinenhospitals unmöglich machen wollte, um dieser Anstalt eine möglichst freie und gesunde Stellung zu erhalten, daß dieses Bauverbot daher Erweiterungsbauten des Katharinenhospitals selbst auf der mit Bauverbot belegten Fläche nicht ausschließe und daher auch die von dem Baulustigen nachgesuchte Dispensation von dem Bauverbot nicht erforderlich sei.

Gegen diese baupolizeiliche Entscheidung des K. Ministeriums des Innern haben der Pfarrer a. D. Sch. und 17 weitere Personen rechtzeitig die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt und beantragt, der Verwaltungsgerichtshof wolle unter Aufhebung der Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 20. Mai 1897 aussprechen, daß auf der für das Bauwesen in Aussicht genommenen Fläche ein auch gegen dieses Bauwesen wirksames Bauverbot ruhe und hienach die bau- und gewerbepolizeiliche Genehmigung dieses Bauwesens die Erteilung einer Dispensation von diesem in Wirksamkeit stehenden Bauverbot zur Voraussetzung habe.

Die Beschwerde ist als unbegründet abgewiesen worden.

Aus den Gründen:

I. Die Beschwerdeführer behaupten, daß sie durch die angefochtene Entscheidung in einem ihnen zustehenden Recht verletzt seien. Unzweifelhaft sind aber diejenigen Beschwerdeführer, welche nicht gegenüber von der fraglichen Grundfläche an der östlichen Seite der Seestraße zwischen der Jäger- und Panoramastraße Grundstücke besitzen, schon aus dem Grunde mit ihrer Beschwerde abzuweisen, weil sie nicht nachzuweisen vermögen, daß sie durch die angefochtene Entscheidung in einem ihnen zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihnen nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet seien (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege).

II. Anders liegt in dieser Beziehung die Sache bei den beiden Beschwerdeführern Pfarrer a. D. Sch. und Privatier C., welche gegenüber der fraglichen Baufläche Grundeigentum besitzen, ersterer das Haus Nr. 48 der Seestraße nebst anstoßendem Garten, wozu noch auf der gegenüberliegenden Seite die Parzelle 8602/2 kommt, letzterer das Haus Nr. 44 der Seestraße nebst Vorgarten. Diese beiden Beschwerdeführer sind bei der baupolizeilichen Behandlung des Baugesuchs nicht als beteiligte Nachbarn im Sinne des Art. 86 der Bauordnung vernommen worden. Die Stadtgemeinde Stuttgart hat aber, obwohl sie und das Katharinenhospital, für dessen Defizit sie einzustehen hat, den Anspruch erheben, auf der den Grundstücken der Beschwerdeführer gegenüberliegenden Straßenseite Spitalbauten zu erstellen, doch diesen Teil der Seestraße wegen des in Frage stehenden Bauverbots als eine einseitig anbaubare Straße im Sinne des Art. 9 Abs. 3 der Bauordnung behandelt und demgemäß, wie die in dieser Instanz eingezogenen Erkundigungen ergeben haben, den bezeichneten zwei Beschwerdeführern bezw. dem Rechtsvorgänger des C. nach Maßgabe der §§ 3 und 4 Abs. 1 und 3 des alten Ortsbaustatuts bezüglich der ganzen Straßenbreite den Ersatz des Aufwands für die Erwerbung der Grundfläche und die Planierung angesonnen; außerdem ist zu beachten, daß gemäß Art. 23 Abs. 4 der Bauordnung und § 27 Abs. 1 des neuen Ortsbaustatuts die Frage, ob die eine Seite der Seestraße mit einem Bauverbot belegt ist, das Maß der größten zulässigen Höhe der Gebäude auf der andern Seite beeinflußt. Bei dieser Gestaltung der Verhältnisse ist die Entscheidung über das in seiner Tragweite bestrittene Bauverbot geeignet, auf die Vermögensrechte der beiden Beschwerdeführer einen Einfluß auszuüben; wird dem Bauverbot die rechtliche Wirksamkeit aberkannt, so entfällt die Voraussetzung für die Heranziehung der Beschwerdeführer zu den Kosten der Erwerbung und Planierung der Straße auf ihre g a n z e Breite; wird die relative Wirksamkeit des Bauverbots anerkannt und das geplante Bauwesen aus diesem

Grunde zugelassen, so besteht mindestens Ungewißheit darüber, ob sich die Beschwerdeführer die Beiziehung zu den Straßenkosten in dem von der Stadtgemeinde seither beliebten gesteigerten Umfange gefallen zu lassen haben. Hiernach handelt es sich bei den genannten beiden Beschwerdeführern nicht nur um die Geltendmachung eines den öffentlichen Interessen dienenden aus polizeilichen Rücksichten erlassenen Bauverbots, sondern zugleich um die Wahrung besonderer durch dieses Bauverbot beeinflußter Vermögensrechte, und unter diesen Voraussetzungen ist ihre Legitimation zur Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 nicht zu beanstanden (vgl. Jahrbücher der Württ. Rechtspflege Bd. 9 S. 228 ff.). Diese Beschwerde der gegenüberliegenden Grundbesitzer erfordert daher eine sachliche Prüfung und Würdigung der angefochtenen Entscheidung des K. Ministeriums des Innern.

III. Indem das K. Ministerium davon ausgeht, daß das fragliche Bauverbot zwar die Erstellung von Bauten dritter Personen in der Umgebung des Katharinenhospitals unmöglich mache, dagegen Erweiterungsbauten des Katharinenhospitals selbst auf der vom Bauverbot betroffenen Fläche nicht ausschließe, giebt es diesem Bauverbot eine bedingte, beschränkte, relative Wirksamkeit und unterstellt die nach den Bestimmungeu der Neuen Allgemeinen Bauordnung zu beurteilende rechtliche Zulässigkeit eines derartigen nicht absolut, sondern nur relativ wirkenden Bauverbots.

Das Bauverbot ist zurückzuführen auf den Erlaß des K. Ministeriums des Innern an die K. Stadtdirektion Stuttgart vom 26. Oktober 1847, in welchem gesagt ist: „Der K. Stadtdirektion wird auf die Berichte vom 15. v.M. und 1. d. M., betreffend den Stadtbauplan vor dem Friedrichs- und Königsthor eröffnet, daß der von dem Stadtrate am 4./15. Februar d. J. beschlossene und in dem Berichte der Stadtdirektion vom 15. vor. Mts. näher behandelte Stadtbauplan außerhalb des Königs- und Friedrichsthors im ganzen die Allerhöchste Genehmigung erhalten habe, jedoch fol-

gende abändernde Bestimmungen getroffen worden seien:

1. Die dem Katharinenhospital zunächst gelegenen vier Quadrate a, b, c, d auf dem Plane erscheinen wegen der Nähe des Hospitals zu Bauplätzen nicht geeignet, können daher zu solchen nicht benützt werden".

Gemäß dem bei den städtischen Akten befindlichen anscheinend im Jahre 1868 gefertigten Plane, in welchem diese Quadrate mit den Buchstaben a, b, c, d, e, f bezeichnet sind, werden sie begrenzt gegen Norden durch die jetzige Jäger- und Rosenbergstraße, gegen Osten durch die jetzige Keplerstraße, gegen Süden durch die Alleenstraße, gegen Westen durch die Lindenstraße. In einem weiteren den Stadtbauplan betreffenden Erlasse des K. Ministeriums des Innern an die K. Stadtdirektion vom 4. Mai 1860 findet sich folgende Vorschrift: „Die schon früher gegebene Bestimmung, daß die nächste Umgebung des Katharinenhospitals nicht angebaut werden soll, bleibt, was die Quadrate a, b und e, f betrifft, aufrecht erhalten." Dieser Erlaß geht offenbar von derselben Bezeichnung der Quadrate aus, wie der erwähnte Plan der Stadt Stuttgart und schränkt das Bauverbot in der Weise ein, daß die davon betroffene Fläche gegen Osten nun von der jetzigen Seestraße begrenzt und damit die auf dem Plane mit c und d bezeichneten Quadrate von dem Bauverbot befreit werden. Durch den Ministerialerlaß vom 24. Februar 1871 sodann wurde der Stadterweiterungsplan für die Gegend des Koppenthals und Herdwegs nach den Anträgen des Gemeinderats genehmigt, und dabei das bestehende Bauverbot auf die westliche Seite der jetzigen Seestraße zwischen der Jäger- und Sattlerstraße ausgedehnt. Wie sich aus dem Wortlaut der maßgebenden Ministerialerlasse und aus dem anfänglichen großen Umfang der unüberbaubaren Grundfläche ergiebt, wollte mit diesem Bauverbot zum Schutze der Bauquartiere in der Nähe des Spitals eine Sicherheitszone zur Abwendung der Gefahren der An-

steckung geschaffen werden. Dieser Zweck konnte vollständig nur durch ein unbedingt, absolut, gegen jeden Baulustigen wirksames Verbot erreicht werden; denn wenn man dem Katharinenhospital die Berechtigung vorbehielt, auf der fraglichen Grundfläche nach deren späterer Erwerbung Spitalbauten zu errichten, so war die Sicherheitszone in dem damals für erforderlich erachteten Umfange nicht mehr vorhanden und die Gefahr der Ansteckung nach den damaligen Anschauungen für die benachbarten Bauquartiere nicht mehr ausgeschlossen. Im Laufe der Zeit, wohl auch unter dem Einflusse eines Wechsels der Anschauungen über die Gefahren eines geordneten Spitalbetriebs für dessen Umgebung hat dieses absolut gedachte Bauverbot seine ursprüngliche Bedeutung und seinen anfänglichen Inhalt verloren; nach der Auslegung, die dasselbe sowohl bei den Vertretern des Katharinenhospitals und der Stadtgemeinde Stuttgart, als bei den maßgebenden Baupolizeibehörden, insbesondere bei dem K. Ministerium des Innern selbst gefunden hat, will es nicht die Ueberbauung der fraglichen Grundfläche schlechthin unter allen Umständen verhüten, sondern nur unter Zulassung von Spitalbauten die Bauten dritter Personen ausschließen. Auf Grund dieser Auslegung wurde in den letzten dreißig Jahren die das alte Hauptgebäude des Katharinenhospitals umgebende Grundfläche — insbesondere auf der Seite der jetzigen Seestraße — mit einer Reihe von Spitalbauten besetzt, so daß die Zulassung der Ueberbauung der in dieser Richtung noch zur Verfügung des Spitals stehenden Fläche sich nur als eine Konsequenz der seitherigen Praxis darstellt . . .

Diese thatsächliche Entwicklung kann der Verwaltungsgerichtshof nicht ungeschehen machen, er hat sich hier vielmehr auf den Boden der vollendeten Thatsachen zu stellen und demgemäß anzuerkennen, daß das fragliche Bauverbot nach der Auslegung, die es unbeanstandet seit mehr als dreißig Jahren bei allen Beteiligten gefunden hat, von der Grundfläche, auf welcher das neue Wirtschaftsgebäude errichtet

werden soll, nur die Bauten dritter Personen, nicht aber dem Spitalbetrieb dienende Bauwesen ausschließen will.

Dagegen erhebt sich die Frage, ob ein derartiges beschränktes, relativ wirkendes Bauverbot mit den Bestimmungen der seit 1. Januar 1873 in Geltung befindlichen Neuen Allgemeinen Bauordnung vereinbar ist. Diese Frage ist zu verneinen. Gemäß Art. 1 der Bauordnung muß ein Bauverbot, um rechtlich wirksam zu sein, in der Bauordnung seine Begründung finden, und der Art. 95 Abs. 2 der Bauordnung setzt alle mit der Bauordnung im Widerspruch stehenden gesetzlichen Bestimmungen, Gewohnheiten, allgemeine Verfügungen und örtliche Vorschriften in Bausachen außer Wirksamkeit. In der Bauordnung findet sich nun aber keine Vorschrift, welche den Baupolizei- oder Gemeindebehörden die Ermächtigung giebt, eine Grundfläche in der Art mit Bauverbot zu belegen, daß unter Ausschluß aller übrigen Baulustigen eine bestimmte insoferne privilegierte Person allein zum Ueberbauen berechtigt ist oder daß unter Ausschluß aller übrigen Bauten darauf nur bestimmte insoferne privilegierte Bauwesen erstellt werden dürfen. Abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen, in welchen die Erteilung der Bauerlaubnis in das Ermessen der zuständigen Behörden gestellt ist, kennt die Bauordnung nur unbedingte Bauverbote, welche absolut gegen jeden Baulustigen wirken, und von welchen nur unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der Dispensation gemäß Art. 76 Ausnahmen zugelassen werden können (vgl. Art. 6, 9 Abs. 3, 28); insbesondere läßt der Art. 30 Abs. 1 nur für lästige Anlagen im Sinne des § 16 der Reichsgewerbeordnung die Verweisung in einzelne Ortsteile zu. Anerkannt ist auch, daß als öffentliche Plätze im Sinne des Art. 6 durch den Ortsbauplan nur solche Plätze festgestellt werden können, die für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind, nicht aber Plätze, auf welchen Kirchen, Schulen oder sonstige öffentliche Gebäude erstellt werden wollen (vgl. Schindler, Bauordnung S. 22 Note 2), und daß auf öffentlichen Plätzen Gemeindebauten

nicht erstellt werden dürfen (vgl. Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1877 S. 167).

Nach diesen Ausführungen ist anzunehmen, daß zur Zeit bezüglich der für das neue Wirtschaftsgebäude des Katharinenhospitals bestimmten, an die Seestraße zwischen der Jäger- und Sattlerstraße angrenzenden Grundfläche ein nach den Bestimmungen der Bauordnung wirksames Bauverbot und eine daraus abzuleitende Beschränkung der Bauberechtigung des Grundeigentümers nicht besteht. Ein solches Bauverbot steht daher auch dem durch die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 20. Mai 1897 genehmigten Bauwesen der Katharinenhospitalverwaltung nicht entgegen und die ein solches Bauverbot in Anspruch nehmende Beschwerde der beiden gegenüberliegenden Grundeigentümer ist als unbegründet abzuweisen.

Urteil vom 13. Oktober 1897 in der Rechtsbeschwerdesache des Pfarrers a. D. Sch. u. Genossen in Stuttgart.

5.

Zu dem Gesetz vom 2. April 1848, betreffend die Volksversammlungen. Wegen Auflösung der Versammlung findet Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht statt.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Gründen:

I. In dem am 13. Juli 1896 in Stuttgart erschienenen sozialdemokratischen Organ „Schwäbische Tagwacht" wurde von den Anarchisten Stuttgarts eine öffentliche Volksversammlung auf den 14. Juli im Gasthaus zum Hirsch zur Wahl eines anarchistischen Delegierten zum Londoner Arbeiterkongreß u. s. w. einberufen. Die Versammlung ist von dem überwachenden Polizeibeamten aufgelöst worden, weil in dem Verlauf derselben einer der Redner in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise die Arbeiterklasse zu Gewaltthätigkeiten gegen andere Klassen der Bevölkerung öffentlich angereizt

habe (Strafgesetzbuch § 130). Gegen diese Auflösung hat der Beschwerdeführer, welcher behauptet, württembergischer Staatsangehöriger zu sein und die Versammlung einberufen, sowie an ihr teilgenommen zu haben, in dem Instanzenzug der Verwaltungsbehörden ohne Erfolg Beschwerde erhoben und ist zuletzt seine Beschwerde von dem K. Ministerium des Innern durch Entscheidung vom 6. Februar 1897 als unbegründet abgewiesen worden. Auch seine hiegegen rechtzeitig bei dem Verwaltungsgerichtshof eingelegte Beschwerde konnte einen Erfolg nicht haben.

II. Das Gesetz vom 2. April 1848, betreffend die Volksversammlungen, räumt allen Staatsbürgern das Recht zur Abhaltung öffentlicher Versammlungen zu Besprechung allgemeiner Angelegenheiten ohne polizeiliche Erlaubnis, wenn die Versammlungen nur entweder vorher öffentlich bekannt gemacht oder bei der Ortsbehörde angezeigt werden (vgl. noch Polizeistrafgesetz vom 27. Dezember 1871 Art. 9 Abs. 3), jedoch mit der Einschränkung ein, daß die zur Aufrechterhaltung der Gesetze und der bürgerlichen Ordnung bestehenden Vorschriften beobachtet werden. Wie in der Entscheidung des K. Ministeriums des Innern dargelegt ist, hat das Gesetz in Bezug auf die Voraussetzungen, welche für das rechtmäßige Zustandekommen solcher Versammlungen erforderlich sein sollen, die entgegenstehenden Vorschriften des früheren Rechts aufgehoben. Nicht aufgehoben, sondern mit der Anzeigepflicht vorbehalten hat das Gesetz das Recht der Polizeibehörden, solche Versammlungen zu überwachen, wie auch diese Befugnis der Ueberwachung von dem Wahlgesetz für den Reichstag vom 31. Mai 1869 im § 17 als landesrechtlich bestehend vorausgesetzt wird. Die als aus dem aufrecht erhaltenen Recht der Ueberwachung folgend und als fortbestehend vorausgesetzte Befugnis der Polizeibehörden, zur Auflösung einer Versammlung zu schreiten, hat das Gesetz nicht durch Feststellung bestimmter Rechtssätze geregelt. Da es nun an einem weiteren Gesetze, welches die Grenzen der Ausübung des Versammlungsrechts und die Machtbefugnisse

der Polizeibehörden gegen den Mißbrauch, insbesondere die Voraussetzungen für die Auflösung der Versammlung irgendwie regelt, sowohl reichsrechtlich (Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 16) als auch, von dem Art. 6 des Gesetzes vom 1. Juni 1853 abgesehen, landesrechtlich fehlt, so besteht der Rechtszustand, daß die Frage, ob in Handhabung des Oberaufsichtsrechts des Staats zur Auflösung der öffentlichen Versammlung wegen Mißbrauchs des Versammlungsrechts geschritten werden kann und soll, als eine nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheidende Frage dem pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Behörden und Beamten der Polizei anheimgestellt und eben darum nach Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen ist. Hierüber besteht in Theorie und Praxis kein Zweifel [1]).

Bei der von dem Beschwerdeführer aufgestellten Unterscheidung zwischen Vereins- und Parteiversammlungen einerseits und nach dem Gesetz vom 2. April 1848 einberufenen Volksversammlungen andererseits, zu denen jedermann ohne Unterschied der Partei oder Person Zutritt und Freiheit der Rede habe, geht er selbst davon aus, daß die Versammlung vom 14. Juli 1896 eine unter das Gesetz vom 2. April 1848 fallende öffentliche Versammlung gewesen sei. Es liegt daher keine Veranlassung vor, was bezüglich anderer Versammlungen Rechtens ist, zu erörtern. Unrichtig aber ist die Behauptung des Beschwerdeführers, daß in jenem Urteil und bei dem zuletzt angeführten Schriftsteller nur von Vereinsversammlungen im Gegensatz zu den unter das Gesetz vom 2. April 1848 fallenden Versammlungen die Rede sei.

Da nun, wie zuvor bemerkt, nach Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 die Rechtsbeschwerde an

1) Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Oktober 1880 im Württ. Archiv XXII S. 314 ff.; v. Sarwey, Staatsrecht des Königreichs Württemberg I. S. 214, 215; Gaupp, Staatsrecht des Königreichs Württemberg (2. Aufl.) § 7 VII.

den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen ist, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind, war die erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen, ohne daß auf die Ausführungen des Beschwerdeführers über die Beschränkungen der Befugnis der Polizeibehörden, Versammlungen aufzulösen, näher einzugehen war.

Urteil vom 27. Oktober 1897 in der Rechtsbeschwerdesache des Tapeziers A. W. in Stuttgart.

6.

Befreiung öffentlichen Zwecken dienender, einen ökonomischen Nutzen nicht abwerfender Gebäude von der Gemeindesteuer (Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juli 1849, Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877).

In der Berufungssache der Gemeinde Altshausen, Oberamts Saulgau, Klägerin Berufungsklägerin, gegen den Verein für Arbeiterkolonien in Württemberg zu Stuttgart, Beklagten Berufungsbeklagten, wurde von dem Verwaltungsgerichtshof unter Abänderung des unterrichterlichen Urteils die von dem Verein angesprochene Gemeindesteuerfreiheit verneint aus folgenden

Gründen:

1) Gegenüber der an sich anerkannten Restforderung der Klägerin an Gemeindesteuer schützt der Beklagte die Einrede der Aufrechnung vor. Er stützt seine Gegenforderung darauf, daß er in den Jahren 1889/90, 1890/91 und 1891/92 aus folgenden, von dem K. Steuerkollegium mit Erlaß vom 9. Juli 1892 für staatssteuerfrei (Ziff 1—5) bezw. teilweise staatssteuerfrei (Ziff. 6) erklärten Gebäuden:

Ziff. 1 Nr. 203 Wohnhaus,
„ 2 „ 203a Wohngebäude,
„ 3 „ 203e u. f Wohngebäude,

Ziff. 4 Nr. 203g Abtritt,
„ 5 „ 203k Wasch- Back- und Badhaus,
„ 6 „ 203/1 Wohnungen der Angestellten, Kanzleien und Küche der Anstalt

Gemeindesteuern in Höhe der Klagforderung bezahlt habe, obwohl diese Gebäude zur Gemeindesteuer nicht hätten herangezogen werden dürfen. Die Rückforderung der zu Unrecht erhobenen Gemeindesteuern und damit die Einrede der Aufrechnung ist begründet, wenn die beiden Voraussetzungen zutreffen, welche der maßgebende, in Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über die Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden aufrecht erhaltene Art. 8 Ziff. 1 des Gesetzes vom 18. Juni 1849, betr. die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbandes rc., für die Gemeindesteuerfreiheit aufstellt, nämlich 1., daß die Gebäude und Grundstücke ihrer Hauptbestimmung nach zu öffentlichen Zwecken dienen, und 2., daß sie dem Eigentümer ihrer Hauptbestimmung nach keinen ökonomischen Nutzen abwerfen.

2) Die erste Voraussetzung trifft zu. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem Urteil vom 3. Juni 1896 in der Berufungssache zwischen der Gemeinde Stetten im Remsthal, Klägerin Berufungsklägerin, und der Heil- und Pflegeanstalt Stetten, Beklagten, Berufungsbeklagten, Gemeindebesteuerung betreffend[1]) ausgesprochen hat, ist für die Gemeindesteuerfreiheit erforderlich und genügend, daß die Gebäude und Grundstücke ihrer Hauptbestimmung nach zu öffentlichen Zwecken dienen, ohne dem Eigentümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, mit der Maßgabe, daß diese Gebäude und Grundstücke auch zu dem Teil, zu dem sie solchen Zwecken nicht dienen, von der Steuer frei sind. Hiernach sind es zwar öffentliche Zwecke, denen die Gebäude ausschließlich oder vorherrschend dienen müssen, um von der Gemeindesteuer befreit zu sein, und reicht die Wohlthätigkeit der Zwecke hiefür allein nicht aus. Aber darauf kommt es nicht an,

1) Jahrb. Bd. VIII S. 388.

wer Eigentümer der Gebäude ist, und das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Gebäude Privatpersonen bezw. Privatvereinen (mit oder ohne juristische Persönlichkeit) oder ob sie öffentlichrechtlichen Korporationen und Verbänden bezw. von öffentlichen Behörden verwalteten Stiftungen zu Eigentum gehören, wenn sie nur ihrer Hauptbestimmung nach zu öffentlichen Zwecken dienen. Nun sind die Arbeiterkolonien dazu bestimmt, arbeitslose und dadurch der Gefahr des Verkommens ausgesetzte Leute männlichen Geschlechts durch landwirtschaftliche und womöglich auch durch gewerbliche Thätigkeit, sowie durch eine strenge Hausordnung unter christlicher Einwirkung und Leitung zu einem geordneten und arbeitsamen Leben zurückzuführen. Indem so der Beklagte der arbeitslos herumziehenden Bevölkerungsklasse Unterkommen und Arbeit bietet, tritt er dem Bettel- und Vagantenwesen verhütend und bessernd entgegen und verfolgt damit im wesentlichen dieselben Zwecke, wie der Staat, welcher sich nicht damit begnügt, den Bettel und die Landstreicherei mit Strafen zu ahnden, sondern die wegen solcher Uebertretungen Verurteilten mittelst ihrer Einweisung in ein Arbeitshaus, soweit eine solche zulässig ist, durch häusliche Zucht, durch Zwang zur Arbeit und durch Einwirkung auf ihre sittliche Besserung an ein geordnetes und thätiges Leben gewöhnen und vor Rückfällen bewahren will (s. § 2 der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 2. Februar 1882, betreffend das Verfahren nach Ueberweisung verurteilter Personen an die Landespolizeibehörde, insbesondere die Unterbringung solcher Personen in einem Arbeitshaus). Daß der Beklagte im wesentlichen derselben Aufgabe sich unterzieht, wie der Staat, ist auch von der Staatsregierung und von der Landesvertretung, als erstmals für die Kolonie Dornahof ein jährlicher Staatszuschuß ausgebracht wurde, in dem Hauptfinanzetat für 1885/87 Kap. 43 Tit. 9 a Erläuterungen S. 337, 339 ausdrücklich anerkannt worden. Es bedarf indessen einer näheren Ausführung in dieser Beziehung, sowie eines weiteren Eingehens auf die gegnerischen Ausfüh-

rungen der Klägerin um deswillen nicht,

3) weil die zweite Voraussetzung nicht zutrifft.

Bei einem Gebäude, das natürliche Früchte nicht erzeugt, kann von einem ökonomischen Nutzen nur gesprochen werden, wenn das Gebäude a) entweder unmittelbar, ausschließlich oder vorherrschend für wirtschaftliche, also im vorliegenden Fall für landwirtschaftliche, bezw. was die Ziegelei betrifft, für gewerbliche Zwecke bestimmt ist — mit dieser Bestimmung wird es zu einem Teil der Betriebsmittel —, b) oder vermöge eines Rechtsverhältnisses Erträge gewährt. Die Frage der Steuerpflichtigkeit oder Steuerfreiheit ist bei jedem einzelnen Gebäude für sich zu beurteilen. Gehört das Gebäude einem Komplex von mehreren Gebäuden und dieser Komplex einem einheitlichen Betriebe an, so entscheidet über die Steuerfrage, was die erste Alternative (a) betrifft, weder die Hauptbestimmung des Gebäudekomplexes, noch der Gewinn oder Verlust, mit welchem etwa der Betrieb abschließt, sondern nur die Hauptbestimmung des Gebäudes selbst. Nun sind die Gebäude Ziff. 1—5, wie der Beklagte mit Recht behauptet, nicht für die landwirtschaftlichen bezw. gewerblichen Zwecke der Arbeiterkolonie, sondern als Wohngebäude, Abtritte, Wasch- und Badhäuser für die persönlichen Interessen und Bedürfnisse der Kolonisten eingerichtet und ergeben also einen ökonomischen Nutzen im Sinne der ersten Alternative nicht. Was aber die zweite Alternative (b) anbelangt, so kommt als durchschlagend in Betracht die Bestimmung des Arbeitsvertrags, nach welcher sich der Kolonist bei der Aufnahme verpflichtet, die ersten 4 Wochen ausschließlich „für die ihm von der Kolonie zu liefernde Kost und das Logis" — (abgesehen von 3 M. Reisegeld) — und in der folgenden Zeit außer für Kost und Logis für eine — auf dem freien Willen des Koloniesvorstandes beruhende — Vergütung von 15 Pf. für den Arbeitstag, die in den Sommermonaten auf höchstens 30 Pf. gesteigert werden kann, zu arbeiten. Es ist einleuchtend, was mit dieser Bestimmung bezweckt wird. Aufnahme in der Kolonie können nur arbeits-

fähige Personen finden; aber die aufgenommenen sind freie Arbeiter; um sie zur Arbeit anzuhalten, bedarf es der obligatorischen Verpflichtung derselben. Dies bezweckt der Arbeitsvertrag in erster Linie. Sie sind ferner Arbeiter, die regelmäßig, wenn sie arbeiten, für ihre Dienstverrichtungen eine Vergütung erwarten. Der Beklagte ist aber aus naheliegenden Gründen nicht in der Lage eines gewöhnlichen Arbeitgebers, der seinen Arbeitern in Geld den üblichen oder den von dem einzelnen Arbeiter verdienten Lohn gewähren kann. Dagegen hat der Beklagte dem Kolonisten Kost und Wohnung zu gewähren, selbstverständlich nicht unentgeltlich; er könnte Ersatz des Aufwandes dafür verlangen. Wenn nun statt dessen für die Arbeitsverrichtungen des Kolonisten die Gewährung von Kost und Wohnung in Aufrechnung gebracht und die nach 4 Wochen Arbeitszeit eintretende Vergütung als nur auf freier Gunst beruhend erklärt wird, so erhält — und das ist der weitere Zweck der Vertragsbestimmung — der Kolonist für seine Arbeit eine Vergütung, wenn auch nicht in Geld, und der Beklagte für Kost und Wohnung einen Ersatz, gleichfalls nicht in Geld. Zugleich wird jeder weitergehende Rechtsanspruch des Kolonisten gegen den Beklagten ausgeschlossen, wenn auch der letztere die zugesagte Vergütung für den Fall, daß es der Kolonist verdient, thatsächlich leisten wird. Indem aber so die Vertragschließenden ihre sich gegenüberstehenden Naturalleistungen für sich gegenseitig ausgleichend erklären, geben sie damit, und vor allem der Beklagte, unzweideutig zu erkennen, daß die Arbeitsleistungen der Kolonisten als im wesentlichen gleichwertig mit dem behandelt werden, was ihnen an Kost und Wohnung geleistet wird. Damit ist auch über die Steuerpflichtigkeit der Gebäude entschieden; denn sie werfen einen ökonomischen Nutzen insoferne ab, als vermöge des zwischen den Kolonisten und dem Beklagten bestehenden Vertragsverhältnisses die Forderung der Kolonisten für ihre Dienstverrichtungen mit der Forderung des Beklagten für Kost und Wohnung aufgerechnet wird.

Bei dem Gebäude Ziff. 6 ist die Steuerpflichtigkeit vollends außer Zweifel: Bei diesem Gebäude trifft es von dem Steueranschlag von 17 000 M. auf die für staatssteuerpflichtig erklärten Wohnungen der Angestellten 10 000 M., auf die für staatssteuerfrei erklärten Kanzleien und die Küche 7000 M. Jene repräsentieren also die Hauptbestimmung des Gebäudes; ist das Gebäude dieser Hauptbestimmung nach steuerpflichtig, so sind es auch, da der Grundsatz des Art. 2 I. 5 letzter Absatz des Staatssteuergesetzes vom 28. April 1873 für die Gemeindebesteuerung nicht gilt, die Kanzleien und die Küche. Die Wohnungen der Angestellten aber werfen dem Beklagten einen ökonomischen Nutzen insoferne ab, als er die mietzinsfreie Ueberlassung der Wohnungen an seine Angestellten durch Ersparung am Gehalte derselben auszugleichen in der Lage ist.

4) Dem Ausgeführten zufolge hat der Beklagte durch Zahlung der Gemeindesteuern in den Jahren 1889/90 bis 1891/92 lediglich eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt und kann von einem Rückforderungsanspruch keine Rede sein. Vielmehr ist die Einrede der Aufrechnung als unbegründet zu verwerfen.

Urteil vom 5. Januar 1898 in der Berufungssache der Gemeinde Altshausen gegen den Verein für Arbeiterkolonien in Württemberg.

7.

Zu Art. 21 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden (Besteuerung von Speck, der zur Schmalzbereitung verwendet wird).

Die klagende Firma C. H. Knorr betreibt in Heilbronn eine Konservenfabrik. Das zur Herstellung ihrer Erzeugnisse erforderliche Schweineschmalz gewinnt sie durch Auslassen von Speck, welchen sie in Mengen von rund 12 500 Kilo

jährlich von auswärts bezieht. Diesen Speck zieht die Stadtgemeinde Heilbronn, die durch die K. Verordnungen vom 9. Januar 1879 (Reg.-Bl. S. 1), 25. März 1887 (Reg.-Bl. S. 86) und 27. März 1897 (Reg.-Bl. S. 31) zur Erhebung einer örtlichen Abgabe von Fleisch ermächtigt ist und solche auf Grund der durch Erlaß der K. Ministerien des Innern und der Finanzen vom 8. September 1885 genehmigten Fleischabgabe-Ordnung vom 18. Juni 1885 in der Höhe von 6 Pf. für 1 Kilo erhebt, zur Fleischsteuer heran und sie hat hienach in der Zeit vom Monat Mai 1894 bis März 1897 von der Klägerin für 37 678,5 Kilo Speck im ganzen 2285 M. 31 Steuer erhoben. Die hergestellten Konserven werden bis auf einen geringfügigen Teil aus dem Stadtbezirk ausgeführt, wobei der Klägerin gemäß der bestehenden Fleischabgabeordnung eine Steuerrückvergütung nicht gewährt wird. Schon im März 1893 hat sich die Klägerin mit der Bitte um Freilassung des von ihr eingeführten Specks von der Fleischsteuer an die Stadtgemeinde gewendet, sie wurde jedoch mit dieser Bitte durch Beschluß der bürgerlichen Kollegien vom 22. Juni 1893 abgewiesen.

Im Jahre 1897 hat sie bei der Kreisregierung in Ludwigsburg als Verwaltungsgericht gegen die Stadtgemeinde Heilbronn Klage erhoben mit dem Antrag, zu erkennen:

1. die Beklagte sei nicht berechtigt, die Fleischabgabe von dem seitens der Klägerin eingeführten Speck zu erheben;

2. die Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin die vom 1. April 1894/97 auf eingeführten Speck erhobene Fleischabgabe im Betrag von 2285 M. 31 Pf. zurückzubezahlen.

Die Kreisregierung hat in sämtlichen übrigen Gemeinden des Landes, in welchen eine Fleischabgabe erhoben wird, Erkundigungen eingezogen, wobei sich ergeben hat, daß in Stuttgart und einer Anzahl anderer Städte der Speck, dessen Verwendung zum Auslassen zu Schmalz glaubhaft bescheinigt wird, von der Abgabe freigelassen wird, bezw. in vorkommenden Fällen freigelassen würde, wogegen in den anderen Städten (mit Ausnahme einer Stadtgemeinde, die eine be-

stimmte Stellung nicht eingenommen hat) der Speck in allen Fällen besteuert wird, wobei jedoch bezüglich der in Heilbronn bestehenden Nichtgewährung einer Rückvergütung für Wiederausfuhr nicht durchgängig Uebereinstimmung mit dem Heilbronner Statut besteht.

Durch Urteil vom 21. August 1897 hat die Kreisregierung die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen und die von ihr erhobene Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

In dem Gesetz vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden wird zwar der Begriff Fleisch nicht bestimmt und findet sich eine Bestimmung auch nicht in den Kammerverhandlungen. Indem aber das Gesetz im Abs. 3 des Art. 21 Haut, Füße, Eingeweide und Darmfett von der Fleischabgabe ausnimmt und bestimmt, daß diese Teile bei dem Verwiegen des Fleisches nicht mit einzubeziehen seien, bringt es deutlich zum Ausdruck, daß alle andern Teile des geschlachteten Tiers, wenn sie nur als Nahrungsmittel sich darstellen, der Abgabe unterworfen werden können.

Das Statut der beklagten Gemeinde schließt sich dieser gesetzlichen Bestimmung, obwohl es dieselbe nicht ausdrücklich wiederholt, an und nimmt hienach nur Haut, Füße, Eingeweide und Darmfett aus, zu welchen Nebenprodukten (wie sie in den Motiven des Gesetzes genannt werden) der Speck der Schweine nicht gehört. Das Flohmen- oder Schmerfett, das die Klägerin einführt, ist in Heilbronn durch Beschluß vom 10. April 1890 für steuerfrei erklärt worden. Der an den Außenseiten dem Muskelfleische aufsitzende Speck des Schweins ist auch nach seiner Trennung von dem Muskelfleische ein diesem gleich oder nahezu gleich im Preise gewerteter Teil des Tiers; von der Verwendung zu Fleischwaren abgesehen bildet er mit wenig Zubereitung, mitunter auch im rohen Zustande, ein weit verbreitetes Nahrungsmittel. Seiner natürlichen Beschaffenheit nach fällt 'somit

der von der Klägerin eingeführte Speck unter die bestehende Fleischabgabe. Daraus, daß das durch Umarbeitung aus Speck gewonnene Schmalz der Abgabe nicht unterworfen wird, läßt sich die Abgabefreiheit des Specks nicht ableiten.

Die Zweckbestimmung, die von der Klägerin dem Speck bei der Einfuhr gegeben wird, zu Schmalz ausgelassen zu werden, kann nur für eine etwaige Aenderung des bestehenden Statuts oder eine Aenderung der bestehenden Auslegung dahin, daß Schweinespeck, der unter Kontrolle zum Auslassen zu Schmalz verwendet wird, von der Abgabe frei gelassen wird, in Betracht kommen. Vom Standpunkt des bestehenden Statuts ist diese Zweckbestimmung, die die Klägerin dem von ihr eingeführten Speck giebt, für die von der beklagten Stadtgemeinde beschlossene Aufrechterhaltung der Abgabe ohne Erheblichkeit.

Urteil vom 29. Dezember 1897 in der Berufungssache der Firma C. H. Knorr gegen die Stadtgemeinde Heilbronn.

8.

Berechtigung der Gemeinden zur Erhebung einer Radfahrergebühr (Statut der Stadt Stuttgart vom 1. Mai 1897).

Eine Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 16. September 1888 hat auf Grund des § 366 Ziff. 2, 3 und 10 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Art. 51 des Gesetzes vom 27. Dezember 1871, betr. Aenderungen des Polizeistrafrechts bei Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich, über den Radfahr-(Velociped-) Verkehr auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen Vorschriften gegeben und in § 6 der ortspolizeilichen Vorschrift überlassen, für das Velocipedfahren in geschlossenen Orten weitergehende Beschränkungen anzuordnen, auch das Velocipedfahren in einzelnen Straßen oder Ortsteilen ganz zu ver-

bieten. Das von den bürgerlichen Kollegien der Stadt Stuttgart für den Stadtdirektionsbezirk beschlossene und von der K. Stadtdirektion für vollziehbar erklärte Ortsstatut vom 1. Mai 1897 enthält unter anderem folgende Bestimmungen: Das Befahren der öffentlichen Wege, Straßen und Plätze mit Fahrrädern jeder Art ist nur gestattet, wenn das Fahrrad mit Nummernplatten versehen ist. Jeder zur Führung von Nummernplatten verpflichtete Radfahrer hat beim Stadtpolizeiamt die Erteilung einer Nummer schriftlich oder mündlich zu beantragen. Die Erteilung der Nummer erfolgt durch Ausstellung einer auf den Namen des Radfahrers lautenden Urkunde (Radfahrerkarte), in welcher außer den Personalien des Radfahrers die Nummer des Radfahrers eingetragen und die für den Radfahrverkehr bestehenden polizeilichen Vorschriften abgedruckt sind. Die erteilte Radfahrerkarte ist beim Radfahren stets mitzuführen und den kontrollierenden Polizeiorganen auf Verlangen vorzuzeigen. Für die Erteilung der Radfahrkarte wird eine vom Gemeinderat festzusetzende Gebühr von zunächst 2 M. erhoben. Die Beschaffung der Nummernplatten ist dem Radfahrer überlassen.

Nachdem die K. Kreisregierung am 28. November 1896 der vom Gemeinderat beschlossenen Gebühr die Genehmigung versagt hatte, wurde sie auf erhobene Beschwerde vom K. Ministerium des Innern am 3. April 1897 unter der Voraussetzung der nachträglichen Zustimmung des Bürgerausschusses genehmigt und am 20. April 1897 vom Bürgerausschuß gutgeheißen.

Der Kläger, Kaufmann O. W. in Stuttgart, hat sich eine Radfahrerkarte gegen Bezahlung der Gebühr von 2 M. ausstellen lassen mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, die Rückerstattung der Gebühr im Prozeßweg zu verlangen, und hat dann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren den Antrag gestellt, die Stadtgemeinde Stuttgart solle kostenfällig zur Zurückzahlung von 2 M. an ihn verurteilt werden. Das erstinstanzliche Urteil hat diesem Anspruche stattgegeben. Auf die von der beklagten Stadtgemeinde erhobene Berufung hat der

Verwaltungsgerichtshof dieses Urteil abgeändert und den Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen.

Gründe:

I. Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit ist gemäß Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 begründet.

II. Die Beklagte, Berufungsklägerin, beruft sich für die Rechtmäßigkeit der streitigen Gebühr vor allem auf die autonome Befugnis der Gemeinden zur Erhebung derartiger Gebühren, welche in dem Art. 15 Ziff. 10 der Verwaltungsnovelle vom 21. Mai 1891 eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden habe. Die Finanzwissenschaft unterscheidet bei den der Staats- oder Gemeindekasse zufließenden Einnahmen auf der einen Seite privatwirtschaftliche Erwerbseinkünfte aus dem von privatrechtlichen Gesichtspunkten beherrschten Betrieb von der freiwilligen Benützung der Einzelnen überlassenen Anstalten, z. B. Einnahmen aus Eisenbahnen, Wasserwerken, Gaswerken, Lagerhäusern; auf der andern Seite Zahlungen, welche zur Deckung des Bedarfs von Staat oder Gemeinde in einer von diesen einseitig bestimmten Weise und Höhe von den denselben unterworfenen Personen lediglich aus dem Verpflichtungsgrunde ihrer Unterwerfung, also insbesondere ohne spezielle Gegenleistung der Gemeinwesen eingefordert werden, die eigentlichen Steuern. In der Mitte zwischen diesen beiderseitigen Einnahmen stehen die Gebühren; sie teilen sowohl mit den Erwerbseinkünften als mit den eigentlichen Steuern gewisse Eigenschaften, können aber voll zu keiner dieser Einnahmearten gerechnet werden; ihr Unterscheidungsmerkmal besteht darin, daß sie sich an Amtshandlungen, an obrigkeitliche Thätigkeiten öffentlicher Organe anknüpfen und daß sie die von den Gebührenpflichtigen zu entrichtende Abgabe wesentlich mit Rücksicht auf diese Gegenleistungen öffentlicher Behörden bemessen. Dabei wird aber von der Doktrin nicht verkannt, daß bei der praktischen Gestaltung der Verhältnisse diese Begriffe nicht immer rein in die Erscheinung treten,

vielmehr sich mannigfach vermischen und so Abgaben von verschiedenartigem Charakter ergeben, insbesondere wird anerkannt, daß im Gemeindehaushalt privatwirtschaftliche Erwerbseinkünfte und Gebührenbezüge vielfach ineinander übergehen [1]).

Zur Erhebung von eigentlichen Steuern sind die Gemeinden in Württemberg ohne eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht befugt; früher bestand Streit über die Zulässigkeit der Einführung einer Verbrauchsabgabe für die Gemeinden durch die Regierung ohne die Mitwirkung der Stände; diese Streitfrage ist jedoch längst entschieden durch den Artikel 30 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, betr. einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung, wornach die Einführung einer Verbrauchssteuer zu Gunsten einzelner Gemeinden nur auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen kann. Die Befugnis der Gemeinden zur autonomen Regelung der Vergütungen für Leistungen in privatwirtschaftlichen Gemeindebetrieben, soweit nicht gesetzliche Ausnahmebestimmungen entgegenstehen, ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das Recht der Gemeinden zur Erhebung von Gebühren ist in Württemberg nicht, wie im Art. 102 der Preußischen Verfassungsurkunde, ausdrücklich von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig gemacht; thatsächlich haben die württembergischen Gemeinden von jeher in selbständiger Weise Gebühren erhoben; insbesondere war der Betrag der Bürgeraufnahmegebühren früher der Selbstbestimmung der Gemeinden überlassen, eine K. Verordnung vom 9. April 1813 gab zuerst Direktiven zur Herbeiführung der Gleichförmigkeit und eine einheitliche gesetzliche Regelung erfolgte erst durch das Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dezember 1833 Art. 29—31 und des weiteren durch den Art. 9 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vom 16. Juni 1885 [2]); die in der

1) Vgl. Schall, die Gebühren, bei Schönberg, Finanzwissenschaft und Verwaltungslehre, 4. Auflage 1897, 1. Halbband S. 103 ff.; v. Reitzenstein, kommunales Finanzwesen bei Schönberg a. a. O., 2. Aufl., Bd. III. S. 611 ff.

2) Vgl. Mayer, Gemeindewirtschaft, § 111 ff.

Kommunordnung Kap. 2 Abschnitt 15 fest normierten Marksteingebühren sind von den Gemeinden mit Genehmigung der Aufsichtsbehörden häufig anders bestimmt worden[1]). Eine ausdrückliche Anerkennung hat die Befugnis der Gemeinden zur autonomen Erhebung von Gebühren in dem nun in Wegfall gekommenen § 65 des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 und in dem in Geltung befindlichen Art. 15 der Verwaltungsnovelle vom 21. Mai 1891 gefunden. Nach dem Verwaltungsedikt § 65 war eine Genehmigung der Beschlüsse des Gemeinderats durch die Regierungsbehörde insbesondere vorgesehen:

l) in allen denjenigen Fällen, wo eine Gemeinde auf Kosten anderer sich eine Einnahmequelle eröffnen oder die bereits bestehenden erweitern will, z. B. bei der Einführung oder Erhöhung von Pflaster-, Brücken-, Wag-, Krahnen-, Thorsperr-Geldern und dergleichen,

m) wenn die Gebühren für die Aufnahme neuer Bürger und Beisitzer erhöht werden,

n) wenn die bestehenden Jahr- und Wochenmärkte mit neuen Abgaben beschwert werden sollen; der Entwurf der Verwaltungsnovelle Art. 16 Ziff. 10 hat die Genehmigung der Regierungsbehörde zu Beschlüssen des Gemeinderats vorgeschrieben „bei der Feststellung der Gebühren für die Benützung von Gemeindeanstalten, wenn deren Benützung den Beteiligten zur Zwangspflicht gemacht ist, sowie bei der Einführung oder Erhöhung von Markt- und Meßgebühren, Brücken- und Pflastergeldern oder ähnlichen Abgaben" und dies folgendermaßen begründet: „die lit. l (des § 65 des Verwaltungsedikts) wurde schon bisher in dem Sinne aufgefaßt, daß sie sich auf alle Fälle bezieht, in welchen die Gemeinde für die Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten, bezüglich deren ihr ein rechtliches oder thatsächliches Monopol zusteht, bestimmte Vergütungen erhebt. In diesem Umfang ist der Vorbehalt

1) Vgl. Zeller, Handbuch der Württemb. Gemeindebehörden, 2. Ausgabe § 42.

der Genehmigung der Aufsichtsbehörde für die Bestimmung des Betrags der Vergütung auch wirklich gerechtfertigt, weil es sich dabei um eine gewisse Art von öffentlichen Abgaben handelt, deren Entrichtung sich der Einzelne nicht nach Belieben entziehen kann."

Der Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten hat dazu ausgeführt: „Die Worte „„oder ähnliche Abgaben"" können zu einer mißbräuchlichen Ausdehnung dieser Vorschrift insbesondere auf solche Fälle führen, in welchen es sich um eine freiwillige Benützung von Räumlichkeiten der Gemeinde handelt z. B. Platzgelder, Lagergebühren. Da der Eingang der Ziff. 10 ein ausreichendes Kriterium für die hieher gehörigen Abgaben giebt, sind diese Schlußworte entbehrlich und daher zu streichen" (vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1890/92 I. Beil.-Band, 2. Abteilung, S. 402 und 456/7). Mit dieser Streichung wurde die Bestimmung angenommen und bildet nun die Ziff. 10 des Art. 15 der Novelle.

Nach dieser Entstehungsgeschichte und nach ihrem Wortlaut bezweckt die Vorschrift nicht, die Befugnis der Gemeinden zur Erhebung von Gebühren, insbesondere bezüglich ihres Umfangs, zu regeln oder einzuschränken, sie setzt vielmehr voraus, daß die Erhebung von Gebühren auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung den Beschlüssen des Gemeinderats zukommt, also in der Autonomie der Gemeinde liegt, und will nur bei solchen Gebühren, denen sich der Einzelne nicht entziehen kann, eine mißbräuchliche Anwendung der autonomen Befugnis der Gemeinde durch das Erfordernis der Regierungsgenehmigung verhindern. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß bezüglich einzelner Gemeindegebühren aus besonderen Gründen die Gesetze, Verordnungen oder sonstige Verfügungen der Aufsichtsbehörden besondere namentlich einschränkende Bestimmungen geben.

Auf demselben Standpunkte steht auch die Begründung des am 27. Juni 1896 den Ständen vorgelegten Entwurfs eines Gesetzes, betr. die Besteuerungsrechte der Gemeinden

und Amtskörperschaften, wenn sie unter Ziff. I a. E. sagt: „Außer den vorstehend erörterten Steuern dürfen die Gemeinden teils auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung, teils auf Grund ihrer Autonomie noch verschiedene Gebühren und Beiträge erheben. Dieselben sollen jedoch in die vorliegend geplante Regelung nicht einbezogen werden, da sie nicht zu den eigentlichen Steuern gehören, auf welche der Reformplan sich beschränkt". (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1896 Beil. 125 S. 194); vgl. auch Fleischhauer, Verwaltung der Gemeinden, Amtskörperschaften und Stiftungen S. 89 und 175.)

Eine abweichende Auffassung ist in einer Entscheidung des K. Geheimen Rats vom 1. Juni 1870, abgedruckt im Amtsblatt des Ministeriums des Innern, Jahrgang 1871, S. 107 bis 109, zur Geltung gekommen; damit ist im Widerspruch mit einer Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 12. Oktober 1869 die Frage, ob eine Gemeinde zur Erhebung von Schlachthaus- und Viehschaugebühren berechtigt ist, wenn die Metzger selbst auf ihre Kosten ein Schlachthaus gebaut haben, verneint worden, da diese Gebühren nicht unter den § 65 lit. l und § 66 Ziff. 7 des Verwaltungsedikts fallen und eine Berechtigung der Gemeinde zur Erhebung solcher Gebühren weder aus den bestehenden Gesetzen abzuleiten sei, noch auf einem örtlichen Herkommen beruhe. Allein diese Entscheidung, welche ihre praktische Bedeutung durch die Verfügung des Ministeriums des Innern vom 21. August 1879, betr. die Beaufsichtigung des Verkehrs mit Fleisch, verloren hat, läßt sich nicht wohl mit dem Wortlaut und der Absicht des Gesetzes vereinigen, und hat auch auf die Praxis einen maßgebenden Einfluß nicht gewonnen.

Die K. Verordnung vom 14. Dezember 1873, betr. die Gebühren der Gemeindediener, welche in ihrem § 25 alle nicht in der gegenwärtigen Verordnung und den Verordnungen betreffend Bestimmungen hinsichtlich der Taggelder, Diäten und Reisekosten der Amtskörperschafts- und Gemeinde-

diener vom 22. Februar 1841 und vom 8. Dezember 1872 vorgesehenen oder vorbehaltenen Gebühren und Anrechnungen für unerlaubt erklärt, steht der hier vertretenen Auffassung nicht im Wege, weil sie sich lediglich auf die den Gemeinderatsmitgliedern und den im einzelnen bezeichneten Gemeindedienern zukommenden, dagegen nicht auf die grundsätzlich für die Gemeindekasse bestimmten Gebühren bezieht.

Nach dem Ausgeführten ist grundsätzlich in Ermanglung entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen von der Berechtigung der Gemeinden zur Erhebung von Gebühren auszugehen; besondere Gründe aber, welche zur Beanstandung der rechtlichen Zulässigkeit der von der Beklagten angesetzten vom Kläger angefochtenen Radfahrgebühr von 2 M. führen könnten, liegen nicht vor. Die Stuttgarter Gemeindebehörden sind vermöge ihres Verfügungsrechts über die Ortsstraßen und gemäß dem § 6 der Ministerialverfügung vom 16. September 1888 in der Lage, im geschlossenen Ortsbezirk das Radfahren weitgehenden Beschränkungen zu unterwerfen und für einzelne Straßen oder Ortsteile ganz auszuschließen; damit sind sie ermächtigt, den Radfahrverkehr den angeordneten auch in anderen Staaten eingeführten und als wirksam und zweckmäßig erkannten Kontrollmaßregeln zu unterstellen, und wenn die Einführung und Durchführung der mit der Radfahrerkarte und den Nummernplatten bewirkten Kontrolle nach dem glaubhaften Bericht des Stuttgarter Stadtpolizeiamts einen einmaligen Aufwand von 300 M. und einen fortlaufenden Jahresaufwand von etwa 900 M. verursacht, so steht nichts im Wege, dem einzelnen Radfahrer für die Inanspruchnahme der Thätigkeit der Ortspolizeibehörde bei der Ausstellung der Radfahrerkarte einen einmaligen Betrag von 2 M. aufzuerlegen. Der in Frage stehende polizeiliche Aufwand ist lediglich durch die Radfahrer veranlaßt; lediglich ihre Mitbenützung der städtischen Straßen erfordert im Interesse der Sicherheit des allgemeinen Straßenverkehrs die mit Kosten verknüpfte besondere Kontrolle. Der Gebühr steht auf Seiten des Radfahrers auch ein Vorteil gegenüber, erst mit der Unterwerfung

unter die zur Sicherung des öffentlichen Verkehrs geforderte Kontrollmaßregel und die Bezahlung der daran geknüpften Gebühr erhält er die Radfahrerkarte und damit die unerläßliche Legitimation zum Befahren der städtischen Straßen. Allerdings dient diese besondere Kontrolle der Radfahrer zugleich dem öffentlichen Interesse, der Sicherheit des allgemeinen Straßenverkehrs, allein dadurch, daß eine mit einem besonderen Aufwand verbundene amtliche Thätigkeit zugleich im allgemeinen Interesse liegt, wird die Zulässigkeit einer Gebührenauflage an die in erster Linie beteiligten Personen behufs Deckung des Aufwands nicht ausgeschlossen. Die Gebühr ist in gleicher Weise gerechtfertigt, mag man sie auffassen als eine reine Verwaltungsgebühr, als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer besonderen polizeilichen Thätigkeit, oder als eine Vergütungsgebühr für die Benützung der städtischen Straßen; der letztere Gesichtspunkt deckt sich mit dem ersteren, weil anläßlich des Radfahrverkehrs der Stadtgemeinde außer den Kosten für die erwähnte besondere Kontrolle ein weiterer Aufwand bezüglich der Unterhaltung der Straßen nicht erwächst. Ob die für die Kontrolle des Radfahrverkehrs bestimmten Einrichtungen sich als eine „Gemeindeanstalt" im Sinne des Art. 15 Ziff. 10 der Verwaltungsnovelle darstellen, kann dahingestellt bleiben, da die Radfahrgebühr auch als eine Gebühr für eine nicht althergebrachte Art der Benützung der städtischen Straßen, die unzweifelhaft unter den Begriff einer Gemeindeanstalt fallen, aufgefaßt werden kann und zudem der Art. 15 Ziff. 10 sich nicht die Aufgabe setzt, die für die Gemeinden zulässigen Gebühren erschöpfend aufzuzählen und festzustellen.

III. Würden die Gesamteinnahmen aus der angefochtenen Gebühr den Gesamtaufwand für die polizeiliche Ueberwachung des Radfahrverkehrs nachhaltig übersteigen, so würde die Abgabe insoweit den Charakter einer Gebühr im eigentlichen Sinne verlieren und die rechtliche Natur einer wirklichen Gemeindesteuer annehmen, zu deren Erhebung eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich wäre. Da

jedoch eine solche Ueberschreitung bei der vorliegenden von der obersten Aufsichtsbehörde auch unter Beachtuug dieses Gesichtspunkts geprüften und genehmigten Gebühr nicht nachgewiesen ist, kann die Abgabe auch aus diesem Grunde nicht als rechtlich unzulässig angefochten werden. Im Einklang hiemit steht eine aus den Akten der K. Stadtdirektion ersichtliche Entscheidung des badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Mai 1896, durch welche eine vom badischen Ministerium des Innern am 29. Oktober 1895 für die Erwirkung einer Radfahrerkarte eingeführte Landestaxe von 5 M., welche am 18. März 1896 auf 1 M. ermäßigt wurde, als eine in Gemäßheit der badischen Landesgesetzgebung zulässige Gebühr anerkannt worden ist.

Urteil vom 12. Januar 1898 in der Berufungssache der Stadtgemeinde Stuttgart gegen den Kaufmann O. Wilhelm.

9.

Zu § 6 des revidierten Ortsbaustatuts der Stadt Stuttgart vom 22. Juli / 4. September 1897. Von der Verpflichtung zur Herstellung der Gehwege sind die Eigentümer solcher Grundstücke nicht befreit, welche, ohne mit Bauverbot belegt zu sein, nach der ihnen vom Eigentümer gegebenen Zweckbestimmung der Ueberbauung entzogen sind.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Durch Verfügung des Gemeinderats der Stadt Stuttgart vom 22. September 1896 wurde der K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen die Auflage gemacht, das bahnseitige Trottoir in der Bahnhofstraße in Stuttgart zwischen der Räpplen- und Thürlenstraße zu erstellen. Die Beschwerde der K. Generaldirektion gegen diese Verfügung wurde in den

Verwaltungsinstanzen, zuletzt durch die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 28. Oktober 1897 abgewiesen. Gegen diese Entscheidung des K. Ministeriums des Innern hat die K. Generaldirektion die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und beantragt, es wolle unter Aufhebung dieser Entscheidung die Verfügung des Gemeinderats der Stadt Stuttgart vom 22. September 1896 für unberechtigt erklärt und außer Kraft gesetzt werden.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um einen Streit im Sinne des Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, sondern um die Vollziehung einer ortspolizeilichen Verfügung, bei welcher die Stadtgemeinde Stuttgart der Beschwerdeführerin nicht als Partei gegenübersteht, sondern nur als Ortspolizeibehörde in Betracht kommt. Der Beschwerdeführerin liegt daher gemäß Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege der Nachweis ob, daß die von ihr angefochtene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung rechtlich nicht begründet und daß sie hiedurch in einem ihr zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihr nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet ist. Dieser Nachweis ist nicht erbracht, vielmehr erscheint die angefochtene Entscheidung in allen wesentlichen Punkten als rechtlich begründet. Maßgebend für die Würdigung der Beschwerde sind die Bestimmungen des seit 1. Oktober 1897 in Wirksamkeit getretenen vom K. Ministerium des Innern genehmigten revidierten Ortsbaustatuts für die Stadt Stuttgart vom 22. Juli 1897. Gemäß § 6 dieses Ortsbaustatuts sind die Eigentümer der an Baustraßen und öffentlichen Plätzen liegenden überbaubaren d. h. nicht mit Bauverbot belegten Grundstücke verpflichtet, längs derselben Gehwege auf ihre Kosten herzustellen und zu unterhalten. Die Verbindlichkeit zur Herstellung eines Gehwegs tritt nach § 10 mit der Eröffnung der Straße ein und bei Straßen, welche am 15. Juli 1874 schon bestanden haben, dann, wenn das Verkehrsbedürfnis es erfordert, vor unüberbauten Grundstücken

jedenfalls dann, wenn die Kandelpflasterung hergestellt oder erneuert wird. Daß bei Anwendung dieser Bestimmungen die fragliche Auflage gerechtfertigt ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen, insbesondere ergiebt sich aus den Verhandlungen der bürgerlichen Kollegien über die Fassung des § 6 mit aller Bestimmtheit, daß der Ausdruck „mit Bauverbot belegte" Grundstücke solche nicht umfassen will, welche, wie im vorliegenden Falle, nach der ihnen vom Eigentümer gegebenen Zweckbestimmung der Ueberbauung entzogen sind.

Die weitere Behauptung der Beschwerdeführerin, daß Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung nur überbaubare Grundstücke im Auge habe und die Verbindlichkeiten der Besitzer von angrenzenden Grundstücken nur vom Zeitpunkt der Ueberbauung an zulassen wolle, daß daher die hiemit im Widerspruch stehenden Bestimmungen der §§ 6 und 10 des revidierten Ortsbaustatuts der Stadt Stuttgart der rechtlichen Giltigkeit ermangeln, kann als richtig nicht anerkannt werden. Der klare Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 enthält eine solche Einschränkung nicht und steht den von dem K. Ministerium des Innern genehmigten Vorschriften des Ortsbaustatuts nicht im Wege; die Versuche der Beschwerdeführerin, unter Bezugnahme auf die Motive zu Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung, auf eine Vergleichung mit dem Art. 15 Abs. 1 und die sich bei einer Zwangsenteignung ergebenden Möglichkeiten die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung des Art. 15 Abs. 2 nachzuweisen, sind in der angefochtenen Entscheidung in zutreffender Weise als mit dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes unvereinbar zurückgewiesen worden.

Urteil vom 19. Januar 1898 in der Rechtsbeschwerdesache der K. Staatseisenbahnverwaltung.

10.

Zu § 12 des revidierten Ortsbaustatuts der Stadt Stuttgart vom $\frac{\text{22. Juli}}{\text{4. September}}$ 1897. Seitliche Messung der Vorgartenfläche.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Das K. Ministerium des Innern hat mit Entscheidung vom 15. Oktober 1897 das Gesuch der Bauunternehmer Gebrüder E. in Stuttgart, auf ihrem Grundstück Parzelle Nr. 1424/1 ein Wohnhaus an der Weraſtraße erbauen zu dürfen, mit Rücksicht auf die gegen dasselbe erhobene Einsprache der Eigentümerin der angrenzenden Parzelle Nr. 1302/3, L. D. Witwe in Stuttgart, abgewiesen, weil die Baulustigen, so lange das auf dem Lageplan mit a b c bezeichnete zwischen dem Bauplatz der Baulustigen und der Weraſtraße gelegene Dreieck sich im Eigentum der Nachbarin befinde, nicht in der Lage seien, den vor der Vorderseite ihres Bauplatzes gelegenen Vorgarten den Bestimmungen des § 12 des Stuttgarter Ortsbaustatuts entsprechend anzulegen und einzufriedigen, und weil die Nachbarin nicht gehindert werden könne, diesen Platz unbebaut liegen zu lassen, wodurch ein mit einer geordneten Straßenanlage unverträglicher Zustand geschaffen würde. Die eventuelle Einwendung der Witwe D., daß die Baulustigen ihr, nachdem sie auf die ganze Ausdehnung ihres Grundstücks den Straßenplatz unentgeltlich an die Stadtgemeinde abgetreten habe, den Wert des vor dem Bauplatz liegenden Teils zu vergüten hätten, hat die Ministerialentscheidung für im baupolizeilichen Verfahren nicht zu berücksichtigend erklärt.

Die Gebrüder E. gehen selbst davon aus, daß, da für die Weraſtraße auf der Strecke, auf der der geplante Neubau erstellt werden soll, Vorgärten durch den Ortsbauplan vorgeschrieben sind, sie die dem Neubau vorliegende Fläche

einschließlich des im Lageplan mit a b c bezeichneten Dreiecks, falls dieses in ihrem Eigentum stünde, als Ziergarten gemäß den Bestimmungen des Ortsbaustatuts anzulegen und einzufriedigen haben. Die Gebrüder E. haben sich auch bereit erklärt, von der Witwe D. dieses Dreieck oder den ganzen Bauplatz, zu dem es gehört, um angemessenen Preis zu erwerben, und sie legen dar, wie ihnen dies wegen der übermäßig hohen Ansprüche, welche von der Witwe D. bezw. ihren Teilhabern erhoben werden, nicht gelungen sei. Mit dem Hinweis darauf, daß die Witwe D. nicht im Wege der Zwangsenteignung zur Abtretung des Vorgartendreiecks gezwungen werden könne, wenden sich die Gebrüder E. mit ihrer Rechtsbeschwerde gegen die Annahme in der Ministerialentscheidung, daß nach der ortsbaustatutarischen Vorschrift der von ihnen anzulegende und einzufriedigende Vorgarten seine seitliche Begrenzung nicht, wie sie behaupten, an der zur Straßenlinie schief verlaufenden Eigentumsgrenze, sondern an der geraden Linie finde, welche am Schnittpunkte der Eigentumsgrenze mit der *Baulinie* von der Baulinie rechtwinklig zur Straßenachse der Werastraße gezogen wird.

Der Verwaltungsgerichtshof erachtet jedoch die Auslegung und Anwendung, welche im vorliegenden Falle das K. Ministerium dem Ortsbaustatut giebt, für zutreffend. Richtig ist, daß, da das Baugesuch der Beschwerdeführer vor dem 1. Oktober v. J. bei der Baupolizeibehörde eingereicht worden ist, gemäß § 85 Abs. 2 des revidierten Ortsbaustatuts vom $\frac{\text{22. Juli}}{\text{4. September}}$ 1897 die Bestimmungen des früheren Ortsbaustatuts noch insoweit Anwendung finden, als sie für die Bauenden milder sind als die Bestimmungen des neuen Ortsbaustatuts. Allein wie sich aus dem Nachstehenden ergibt, ist die Entscheidung des K. Ministeriums nach dem Inhalte des früheren Ortsbaustatuts ebenso gerechtfertigt.

Die Beschwerdeführer haben zum Beweise dafür, daß andere Baugesuche mit den gleichen Anständen schon öfters genehmigt worden seien, sich auf das Zeugnis des Stadt-

baumeisters J. berufen. Der Verwaltungsgerichtshof hat hierauf dem Gemeinderat aufgegeben, die Akten der in dieser Beziehung dem Bauschauamt bekannten Fälle vorzulegen, worauf die Akten über 7 von dem K. Ministerium in den Jahren 1874 bis 1892 am Herdweg, an der Hölderlin-, der Koppenthal- und der Olgastraße genehmigte Bauwesen vorgelegt worden sind, wozu das Stadtbauamt bemerkt hat, diese Fälle dürften wohl genügen, es ließen sich aber noch weitere in anderen Stadtteilen auffinden. Jene 7 Fälle stimmen allerdings mit dem vorliegenden Falle darin überein, daß die Baulustigen bei der Genehmigung ihrer Bauwesen den durch den schiefwinkligen Verlauf der Eigentumsgrenze zur Baulinie und Straßenflucht abgeschnittenen Teil der als Rechteck gedachten Vorgartenfläche nicht zu Eigentum besaßen, sie unterscheiden sich aber von dem vorliegenden Falle darin, daß damals von den beteiligten Nachbarn Einsprachen gegen die Genehmigung der Baugesuche in Bezug auf die Messung der von den Baulustigen anzulegenden und einzufriedigenden Vorgartenfläche nicht erhoben oder festgehalten worden waren.

In dem § 11 des Ortsbaustatuts von 1874 ist allerdings eine ausdrückliche Bestimmung über die seitliche Begrenzung der von dem Baulustigen bei Ausführung des Bauwesens anzulegenden und einzufriedigenden Vorgartenfläche nicht enthalten und es ist auch in den § 12 des neuen Ortsbaustatuts eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht aufgenommen worden. Die dem Ortsbaustatut von dem K. Ministerium gegebene Auslegung ergiebt sich jedoch aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Ortsbaustatuts und aus der in Bezug auf die ortsbaustatutarische Regelung in den Motiven zu Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung niedergelegten, von der Kommission der Kammer der Standesherren ausdrücklich wiederholten, auch die Verbindlichkeit zur Erstellung von Vorgärten umfassenden Voraussetzung, daß das Prinzip der Gleichberechtigung aller Gemeindegenossen nicht verletzt werde und keine Ueberbürdung einzelner Gebäude-

oder Grundbesitzer stattfinde, welche mit den für dieselben aus einer zweckmäßigen Straßenanlage und Unterhaltung vorzugsweise erwachsenden Vorteilen, bezw. mit den Leistungen der übrigen Einwohner für derartige Zwecke im Mißverhältnis stünde[1]). Diese gesetzliche Voraussetzung der gleichen Behandlung sämtlicher Straßenanlieger würde zum Nachteil der Nachbarin Witwe D. verletzt, wenn, wie die Beschwerdeführer für zulässig erklären, der § 12 des neuen Ortsbaustatuts dahin ausgelegt werden wollte, daß von der Baupolizeibehörde der Witwe D., ihres Widerspruchs ungeachtet, die Auflage, auch das in Rede stehende Dreieck ihres Areals als Vorgarten herzustellen und einzufriedigen, gemacht werden könne.

Nach § 3 des Ortsbaustatuts von 1874 und 1897 ist bei der Anlegung einer neuen Baustraße der Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche und für die Planierung von den angrenzenden Eigentümern zu tragen oder zu ersetzen, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden. Nach § 4 Abs. 1 des Ortsbaustatuts von 1874 wird der Anteil jedes Grundeigentümers nach der Frontlänge des zu errichtenden Gebäudes nebst dazu gehörigem Hofraum und Hausgarten, und zwar an geradlinigen Straßen rechtwinklig, an gebogenen Straßen von Normale zu Normale gemessen. Der § 4 Abs. 1 des Ortsbaustatuts von 1897 hat diese Vorschrift ausführlicher dahin wiederholt, daß jeder Grundeigentümer für die Straßenfläche vor seinem Bauplatz auf die Länge des zu errichtenden Gebäudes nebst dazu gehörigem Hof und Hausgarten aufzukommen hat und die Abgrenzung der Fläche in der Querrichtung der Straße durch gerade Linien erfolgt, welche von den in die Baulinie oder zutreffendenfalls die Vorgartenlinie fallenden Enden des für den Beitrag maßgebenden Grundstücks normal (bei geradlinigen Straßen rechtwinklig) zur Baulinie bis zur Mittellinie der Straße gezogen werden, wobei die Worte „oder zutreffendenfalls die Vorgartenlinie"

1) Vgl. Bitzer, Bauordnung S. 188.

nicht dahin zu verstehen sind, daß in einem Falle der vorliegenden Art, in dem die Eigentumsgrenze unregelmäßig, schiefwinklig zur Baulinie und Vorgartenlinie verlauft, die Begrenzung nicht durch die schon vom Schnittpunkte der Baulinie mit der Eigentumsgrenze senkrecht zur Straßenachse zu ziehende gerade Linie gegeben sei, die bei regulärem, rechtwinkligem Schnitt der Eigentumsgrenze mit der Baulinie und der Vorgartenlinie mit der vom Schnittpunkte der Eigentumsgrenze mit der Vorgartenlinie senkrecht zur Straßenachse zu ziehenden geraden Linie zusammenfällt. Die Beschwerdeführer haben sonach der Stadtgemeinde Stuttgart für die Straßenfläche vor ihrem Bauplatze bis zum Punkte b aufzukommen, wenn nicht von der Nachbarin Witwe D. — in Verbindung mit der etwaigen Abtretung des Dreiecks a b c — durch Uebereinkunft mit den Beschwerdeführern die Verpflichtung, für die Straßenfläche bis zum Punkte c aufzukommen, übernommen wird, wobei hier darauf, wie sich bereits die Witwe D. ihrerseits durch Straßenarealabtretung mit der Stadtgemeinde auseinandergesetzt hat, nicht einzugehen ist.

In derselben Weise liegt auch den Beschwerdeführern nach § 6 der ortsbaustatutarischen Vorschrift vom 28. April 1877 und § 6 des Ortsbaustatuts von 1897 die Verpflichtung zur Herstellung des Gehwegs bis zu dem Punkte b ob.

Gleichermaßen kann aber auch die Nachbarin Witwe D. nicht wider ihren Willen verpflichtet sein, an der Stelle der Beschwerdeführer für die Anlegung und Einfriedigung des Dreiecks a b c als Ziergartens und die Unterhaltung als Ziergarten jetzt oder zu der Zeit, zu welcher ihr Bauplatz bebaut werden wird, aufzukommen. Die Witwe D. kann nicht, wie die Beschwerdeführer annehmen, von der Polizeibehörde, sobald diese es im allgemeinen öffentlichen Interesse für geboten erachtet, und vor Errichtung eines Gebäudes auf ihrem Bauplatz gezwungen werden, das in ihrem Besitz befindliche zwischen der Baulinie und der Straßenflucht liegende Areal des Bauplatzes als Vorgarten anzule-

gen und einzufriedigen; die Verpflichtung hiezu entsteht erst mit der Bebauung des Bauplatzes, und wenn sie entsteht, findet sie in der Gleichberechtigung mit den Beschwerdeführern und andern Anliegern ihre das Dreieck a b c abscheidende Begrenzung.

Mit Rücksicht darauf, daß der Polizeibehörde ein Zwangsmittel zur Herbeiführung alsbaldiger Einsäumung neuer Vorgartenstraßen mit Vorgartenanlagen nicht gegeben, der Eintritt eines harmonischen Zustands erst von der fortschreitenden Bebauung der Baustraße zu erwarten ist und sich hiebei vielfach Veranlassung und Gelegenheit zu Grenzausgleichungen bietet, läßt sich zwar die Frage aufwerfen, ob in der That der § 11 des Ortsbaustatuts von 1874 und der § 12 des neuen Ortsbaustatuts als Bedingung der Bebaubarkeit des Grundstücks im öffentlichen Interesse voraussetzen, daß zur Zeit der Bebauung der Baulustige bereits in der Lage sein müsse, über die ganze Vorgartenfläche, wie sie nach dem Voranstehenden zu bemessen ist, kraft Eigentumsrechts zu verfügen, also dem Baulustigen im öffentlichen Interesse — vorausgesetzt, daß nicht gemäß Art. 76 der Bauordnung wegen der besonderen Beschaffenheit des Falls Dispensationserteilung des K. Ministeriums erfolgt — die Baugenehmigung, auch wenn wie im vorliegenden Falle seinem Eigentum nur ein geringfügiger Abschnitt fehlt, zu versagen sei, falls nicht durch ein von dem Baulustigen mit dem Nachbar getroffenes Uebereinkommen (dem nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs die bloße Thatsache, daß der Nachbar eine Einwendung nicht erhebt, nicht gleichzustellen ist) Sicherheit dafür geboten ist, daß der fremde Platz vor dem Neubau von dessen Erstellung an nicht anders als in der durch das Ortsbaustatut für Vorgärten vorgeschriebenen Weise benützt und eingefriedigt werde. Allein für die Auslegung und Anwendung der dem Ortsbaustatut zu entnehmenden Rechtsnorm läßt sich, wenn nicht jeder bestimmte Maßstab fehlen soll, der Unterscheidung, ob zur Zeit der Nachsuchung der Baugenehmigung die dem Neubau vorlie-

gende fremde Vorgartenfläche eine größere oder kleinere Ausdehnung hat, eine Bedeutung nicht abgewinnen und es ist daher die von dem K. Ministerium erlassene Entscheidung rechtlich begründet, weshalb, wie hiemit geschieht, die erhobene Beschwerde zu verwerfen ist.

Urteil vom 9. März 1898 in der Rechtsbeschwerdesache der Bauunternehmer Gebr. E. in St.

11.

Zu § 27 der Gewerbeordnung (geräuschvolle Anlagen).

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerinnen Geschwister H., Besitzerinnen des H.'schen Töchterpensionats in G., hat seine an das K. Ministerium des Innern gerichtete Beschwerde gegen die Entscheidung der K. Kreisregierung in Ulm damit begründet, daß die von dem Nachbar W. L. geplante Schreinerei in seinem Hintergebäude künftig mit außergewöhnlichem Geräusch verbunden sein werde, sonach die Errichtung einer Anlage im Sinne des § 27 der Gewerbeordnung in Frage stehe und daß dem H.'schen Töchterpensionat als einer Schule Anspruch auf den Schutz des § 27 der Gewerbeordnung zustehe. Das K. Ministerium des Innern hat der Beschwerde keine Folge gegeben mit der Begründung: L. habe erklärt, daß er zunächst nur eine gewöhnliche Schreinerei — ohne Motor und Maschinen — in dem Hintergebäude zu betreiben beabsichtige, ein solcher Gewerbebetrieb gehöre aber nicht zu den geräuschvollen Anlagen im Sinne des § 27 der Gewerbeordnung; aber selbst dann, wenn von L., wie nach seiner eigenen Erklärung und der Lage der Verhältnisse allerdings zu erwarten stehe, mit der Zeit gewisse ein ungewöhnliches Geräusch verursachende Arbeitsmaschinen verwendet werden sollten, vermöchte das Ministerium den Anspruch der Beschwerdeführerinnen nicht als begründet zu erachten, da der Schutz des § 27 der Gewerbeordnung nur

den öffentlichen d. h. den vom Staat oder von öffentlichen Verbänden errichteten Schulen zukomme, der Paragraph aber keine Anwendung finde zu Gunsten der von Privatpersonen in ihrem privaten Interesse errichteten Unterrichtsanstalten, und dies selbst dann nicht, wenn zur Errichtung einer solchen Privatunterrichtsanstalt die Genehmigung der Oberschulbehörde gemäß Art. 25 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 erteilt worden wäre, was übrigens hinsichtlich des H.'schen Töchterpensionats dahingestellt bleiben möge.

Der Bevollmächtigte der Geschwister H. hat gegen diese Entscheidung „Berufung" an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, wobei er sich zur Begründung seiner Beschwerde auf den Inhalt der Akten bezogen hat. Das eingelegte Rechtsmittel kann keinen Erfolg haben.

Nach Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege entscheidet der Verwaltungsgerichtshof über Beschwerden gegen Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet und daß er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei; ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Wenn nun auch in der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs die Aufstellung der Behauptung gefunden werden will, daß die Beschwerdeführerinnen dadurch, daß gegen L. eine Maßnahme nicht getroffen worden ist, in einem ihnen zustehenden Rechte verletzt seien, so ist doch diese Behauptung für nicht zutreffend zu erklären, da der § 27 der Gewerbeordnung den Eigentümern und Verwaltungen der hier genannten Kirchen, Schulen und anderen öffentlichen Gebäude, Krankenhäuser und Heilanstalten nicht einen Rechtsanspruch darauf, daß eine der nach § 27 zulässigen Maßnahmen gegen den Gewerbe-

treibenden getroffen werde, einräumt, vielmehr der Ortspolizeibehörde die Einholung der Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde zuweist, auch dieser bei der Entscheidung darüber, ob die bestimmungsmäßige Benutzung der Kirche, Schule u. s. w. durch den Gewerbebetrieb auf dieser Stelle eine erhebliche Störung erleiden würde und ob hiewegen die Ausübung des Gewerbes an der gewählten Betriebsstätte zu untersagen oder nur unter Bedingungen zu gestatten sei und welche Bedingungen zu stellen seien, einen so weiten Raum läßt, daß sie nach ihrem freien Ermessen zu verfügen in der Lage ist[1]).

Hienach ist, ohne daß eine Nachprüfung der Ministerialentscheidung in der Richtung veranlaßt ist, ob das H.'sche Töchterpensionat zu den in § 27 genannten Schulen zu rechnen ist, die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil vom 1. Dezember 1897 in der Rechtsbeschwerdesache der Geschwister H. in G.

12.

Verteilung des gemeinsamen kirchlichen Aufwands zwischen Mutterort und Filial (Art. 49 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 betr. die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden u. s. w.).

In politischer Hinsicht bildet das im Oberamt Riedlingen gelegene katholische Pfarrdorf Betzenweiler eine zusammengesetzte Gemeinde, bestehend aus dem Orte Betzenweiler mit den Parzellen Neuhaus und Ziegelhof und den beiden mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Teilgemeinden Bischmannshausen und Wolfahrtsmühle. In kirchlicher Beziehung besteht die katholische Pfarrgemeinde Betzen-

1) Vgl. auch für Preußen Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte vom 1. August 1883 §§ 111 und 113, für Bayern Landmann, Gewerbeordnung, 3. Auflage, Band I S. 222 und Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs Bd. I S. 156, für Baden Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1884 § 4 Abs. 5 Ziff. 3.

weiler aus dem Mutterort Betzenweiler und den Filialen Ziegelhof, Bischmannshausen und Moosburg mit Brackenhofen, letzteres eine selbständige politische Gemeinde im Oberamt Riedlingen. Im Jahre 1894 ergab sich nach der Volkszählung von 1890 folgende Seelenzahl:

in Betzenweiler	578,
„ Ziegelhof	5,
„ Bischmannshausen	74,
„ Moosburg mit Brackenhofen	155
Zusammen	812.

In der Filialgemeinde Bischmannshausen ist ebenso wie in der Filialgemeinde Moosburg ein besonderer Filialkirchenstiftungsrat gemäß Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betr. die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden und die Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten, eingesetzt, in der ersteren seit 14. Juli 1889. Auch besitzt die Filialgemeinde Bischmannshausen ein eigenes kirchliches Vermögen, nämlich eine Kapelle und 1054 M. 99 Pf. verzinsliche Aktivkapitalien, welches anläßlich der Durchführung des Art. 24 des erwähnten Gesetzes in die Verwaltung des Filialkirchenstiftungsrats in Bischmannshausen gegeben worden ist. Im Mai 1892 wurde auf Grund dieses Gesetzes auch in der Pfarrgemeinde Betzenweiler, deren Kirche von sämtlichen Pfarrgenossen der ganzen Gemeinde gleichmäßig benützt wird, die Ausscheidung des örtlichen Kirchenvermögens beendigt und dasselbe dem Kirchenstiftungsrat in Betzenweiler in die Verwaltung übergeben. Am 22. April 1894 hat der Kirchenstiftungsrat für die Pfarrgemeinde Betzenweiler ein Ortsstatut, bereffend die Teilnahme der Filialisten am Kirchenstiftungsrat der Pfarrgemeinde und den Maßstab für die Verteilung der Parochialumlage, gemäß Art. 1 Abs. 5, Art. 40 und 61 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 festgestellt und dabei beschlossen, der Parochialumlage die von sämtlichen Parochianen zu entrichtende direkte Staatssteuer aus Grundeigentum, Gebäuden, Gewerben und Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen zu Grund zu legen. Auf

eine hiegegen von den bürgerlichen Kollegien der Filialgemeinde Bischmannshausen mit dem Verlangen der Verteilung der Kirchenkosten nach der Familienzahl erhobene Beschwerde erfolgte seitens des bischöflichen Ordinariats am 28. Juni 1895 ein abweisender Bescheid. Von der Kreisregierung in Ulm wurde hierauf den bürgerlichen Kollegien in Bischmannshausen mit Erlaß vom 26. Juli 1895 eröffnet, daß die Kreisregierung dem Statut die staatliche Genehmigung erteilen werde, wenn die bürgerlichen Kollegien gegen die Entscheidung des Ordinariats nicht binnen vier Wochen verwaltungsgerichtliche Klage erheben. Infolge dieser Aufforderung wurde zunächst von den stimmberechtigten Pfarrgenossen in Bischmannshausen verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Pfarrgemeinde Betzenweiler erhoben und zu erkennen beantragt;

1) für die kirchlichen Umlagen der Gesamtpfarrgemeinde Betzenweiler wird die Familienzahl, eventuell die Seelenzahl zu Grund gelegt:

2) für die Umlage zur Tilgung des noch rückständigen Teils der zum Zweck der Renovierung der Kirche im Jahre 1877/79 aufgenommenen Kapitalschuld nebst Zinsen bleibt der Beschluß vom 13. Dezember 1877 und der bisherige Modus maßgebend;

3) die Beklagte ist schuldig, denjenigen Betrag, welchen die Kläger bei der Umlage nach Maßgabe der Staatssteuer für 1892/93 zu viel bezahlt haben und für 1893/94 etwa zu viel bezahlt haben sollten, zu erstatten.

Im weiteren Verlaufe des Rechtsstreits hat sich der Kirchenstiftungsrat von Bischmannshausen als Vertreter der Filialgemeinde Bischmannshausen namens derselben dem Antrage mitklagend angeschlossen.

Mit Urteil vom 31. Dezember 1897 hat die Kreisregierung erkannt:

1) Die Klage der stimmberechtigten Pfarrgenossen von Bischmannshausen wird wegen mangelnder Aktivlegitimation zurückgewiesen;

2) die Verteilung des gemeinsamen kirchlichen Aufwands zwischen der Filialgemeinde Bischmannshausen und der Pfarrgemeinde Betzenweiler hat nach der jeweiligen Zahl der katholischen Pfarrgenossen dieser Gemeinden zu geschehen;

3) für die Aufbringung der Mittel, welche aus Anlaß der Tilgung der zum Zweck der Renovierung der Kirche zu Betzenweiler in den Jahren 1877/79 aufgenommenen Kapitalschuld von 12000 M. nebst Zinsen erfordert wurden bezw. noch erfordert werden sollten, bleibt das zwischen den vormaligen Stiftungsräten von Betzenweiler, Moosburg und Bischmannshausen unter dem 13. Dezember 1877 vereinbarte Beitragsverhältnis, wornach der damalige, ziffernmäßig festgestellte Familienstand den Verteilungsfuß zu bilden hat, maßgebend;

4) die beklagte Pfarrgemeinde Betzenweiler ist schuldig, der klägerischen Filialgemeinde denjenigen Betrag, welchen sie hienach anläßlich der nach dem Maßstab der Staatssteuer unter den 3 Gemeinden verteilten Umlage für 1892/93 zuviel bezahlt hat, und für 1893/94 etwa zuviel bezahlt haben sollte, zu erfolgen.

Gegen dieses Urteil, bei dem sich die stimmberechtigten Pfarrgenossen von Bischmannshausen beruhigten, hat die Beklagte, welche in erster Instanz die kostenfällige Abweisung der Klage beantragt hatte, die Berufung eingelegt, übrigens in der mündlichen Verhandlung unter Zurücknahme der Berufung bezüglich der Ziffern 3 und 4 des Urteils erster Instanz um Aufhebung der Ziff. 2 dieses Urteils und Abweisung der Klage in diesen Punkten gebeten.

Durch Urteil vom 27. April 1898 erkannte der Verwaltungsgerichtshof zu Ziff. 2, daß für das Beitragsverhältnis der Filialgemeinde Bischmannshausen zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand der Pfarrgemeinde Betzenweiler seit 1. April 1892 die jeweilige Zahl der katholischen Pfarrgenossen in den beteiligten Gemeinden Betzenweiler, Bischmannshausen und Moosburg maßgebend sei. Die Entscheidung zu Ziff. 3 und 4 erfolgte auf Grund einer von

den Partien in der mündlichen Verhandlung getroffenen Vereinbarung.

Aus den Gründen:

Gemäß Art. 49 des die katholischen Pfarrgemeinden betreffenden Gesetzes vom 14. Juni 1887 ist für das Beitragsverhältnis zwischen Mutterort und Filial zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand der Verteilungsfuß, wie solcher durch Vertrag oder ein diesem gleichkommendes Herkommen bestimmt ist, und in Ermanglung solcher Feststellung das Maß der Teilnahme an den kirchlichen Einrichtungen entscheidend. Dieses Beitragsverhältnis wird in Ermanglung einer Vereinbarung der Kirchenstiftungsräte der beteiligten Gemeinden durch das bischöfliche Ordinariat geordnet, vorbehältlich jedoch der Anrufung des Verwaltungsgerichts. Aus dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 desselben Gesetzes ergiebt sich unzweifelhaft die Zuständigkeit der angerufenen Verwaltungsgerichte zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits. Auch kann, wie die K. Kreisregierung zutreffend ausgeführt hat, ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die als Mitklägerin aufgetretene Filialgemeinde Bischmannshausen, in welcher ein eigenes kirchliches Vermögen vorhanden ist und seit dem 14. Juli 1889 in regelmäßiger Folge ein zur Verwaltung dieses Vermögens berufener Kirchenstiftungsrat gewählt wird, welche auch von den kirchlichen und weltlichen Aufsichtsbehörden seitdem als Filialgemeinde anerkannt ist, eine selbständige mit den Rechten der juristischen Persönlichkeit versehene Filialgemeinde im Sinne des Art. 1 Abs. 2 des erwähnten Gesetzes bildet und innerhalb derselben der Kirchenstiftungsrat die Gesamtheit der Pfarrgenossen gemäß Art. 19 desselben Gesetzes in vermögensrechtlicher Beziehung zu vertreten hat. Wie sowohl aus dem Wortlaut des angeführten Artikel 49 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 als aus seiner Beratung der Kammer der Abgeordneten[1]) hervorgeht, bezieht sich derselbe nicht unmittelbar auf das Umlageverfahren und die

1) Vgl. Verhandlungen 1886/87 I. Beil.-Band, 1. Abtlg., S. 206.

mit ihm zur Feststellung gelangenden Verpflichtungen der Pfarrgenossen gegenüber der Pfarrgemeinde, sondern bezweckt die einem Umlageverfahren vorausgehende Verteilung eines mehreren Gemeinden gemeinsamen kirchlichen Aufwands unter die beteiligten Gemeinden. Die hienach angeordneten Beiträge bilden besondere Verbindlichkeiten der beteiligten Mutter- und Filialgemeinden, deren Deckung der selbständigen Entschließung dieser Gemeinden unterliegt und in Ermangluug sonstiger Mittel durch Umlagen auf die Pfarrgenossen zu vollziehen ist. Es handelt sich also bei der Feststellung dieses Beitragsverhältnisses nicht um die Regelung von Leistungen der Pfarrgenossen im Verhältnis zu ihrer Pfarrgemeinde, sondern um die durch eine Gemeinschaft bedingte Auflage von Verbindlichkeiten einer Pfarrgemeinde im Verhältnis zu einer anderen. Entsteht über ein solches Vermögensrecht ein Streit, so hat in diesem nach der klaren Vorschrift des Art. 19 des Gesetzes der Kirchenstiftungsrat der beteiligten Pfarrgemeinde die Gesamtheit der Pfarrgenossen als juristische Person zu vertreten und ist damit ein unmittelbares Eintreten dieser zur Wahl des Kircheustiftungsrats berufenen Pfarrgenossen in den Rechtsstreit ausgeschlossen. Mit Recht ist demgemäß schon in erster Instanz die Klage der stimmberechtigteu Pfarrgenossen von Bischmannshausen wegen mangelnder Klageberechtigung zurückgewiesen worden[1]).

Was den Maßstab für das Beitragsverhältnis der streitenden Parteien zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand betrifft, so ist nach dem Ergebnis der eingehenden Erhebungen mit der K. Kreisregierung davon auszugehen, daß das von den Klägern behauptete unvordenkliche Herkommen der Verteilung der kirchlichen Umlage nach der Familienzahl des Nachweises entbehrt, und da auch eine vertragsmäßige Regelung der Bestreitung des gemeinsamen kirchlichen Aufwands nicht nachgewiesen ist, kann gemäß Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes nur das Maß der Teilnahme an den

1) Vgl. auch Jahrbücher der Württemb. Rechtspflege Bd. VII. S. 200—203.

kirchlichen Einrichtungen als entscheidend angesehen werden. In dem ersten Entwurf eines Gesetzes für die katholischen Pfarrgemeinden vom Jahre 1883 hat allerdings der jetzige dem Art. 74 des Gesetzes für die evangelischen Kirchengemeinden entsprechende Art. 49 gefehlt; nachdem er aber dem zweiten Entwurfe vom Jahre 1886 beigefügt worden ist, kann darüber ein Zweifel nicht bestehen, daß ihm dieselbe Bedeutung und dieselbe Auslegung zukommt, wie dem Art. 74 des evangelischen Gesetzes; in den Motiven ist ausdrücklich auf die Motivierung der entsprechenden Bestimmung des evangelischen Entwurfs Bezug genommen, und in dem Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten ist zu diesem Art. 49 bemerkt, daß er sich nicht, wie die vorangegangenen Art. 39—48 speziell auf das Umlageverfahren beziehe, sondern im allgemeinen das Beitragsverhältnis zwischen Mutterort und Filial zu jedem gemeinsamen kirchlichen Aufwand regle und hiefür den materiellen Grundsatz aufstelle, daß in Ermanglung von Vertrag und Herkommen das Maß der Teilnahme an den kirchlichen Einrichtungen den Maßstab abgeben solle[1]). In dieser Richtung ist für den vorliegenden Fall in den Gründen zur erstinstanzlichen Entscheidung zutreffend dargethan, daß zwar die einzelnen Pfarrgenossen von Bischmannshausen je für sich bezüglich der Pfarrkirche in Betzenweiler, den Gottesdienst und die Seelsorge daselbst im Durchschnitt die gleichen kirchlichen Bedürfnisse haben wie die übrigen Angehörigen der Gesamtpfarrgemeinde, daß aber ebendeshalb, weil der Genuß der kirchlichen Einrichtungen ein rein persönlicher, vom Vermögensbesitz unabhängiger, den Pfarrgenossen gleichmäßig zukommender ist, das Maß der Teilnahme der Filialgemeinde Bischmannshausen an dem Gottesdienst in Betzenweiler, an der Benützung des dortigen Kirchengebäudes und kirchlichen Begräbnisplatzes, an der Inanspruchnahme des gemeinsamen Geistlichen bei Begräbnissen, Taufen und anderen kirchlichen Gnadenmitteln

1) Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1886/87, I. Beil.-Bd. S. 97 und S. 205/6.

ganz wesentlich durch die Zahl der auf die gemeinsamen kirchlichen Einrichtungen angewiesenen Pfarrgenossen bestimmt wird, die sich nach der neuesten Volkszählung für das Filial Bischmannshausen auf nur 62, dagegen für den Mutterort mit den zwei dazu gehörigen Parzellen auf 633 und für das Filial Moosburg auf 154 berechnet, und daß daher die Verteilung des gemeinsamen kirchlichen Aufwands unter die drei beteiligten Gemeinden nach dem Maßstab ihrer Seelenzahl der Natur der Sache und den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht. Demgemäß hat der Verwaltungsgerichtshof mit der Ziff. 2 des Urteils bezüglich der Zeit seit dem 1. April 1892, für welche nach dem Ausscheiden des kirchlichen Ortsvermögens und nach der Einsetzung der Kirchenstiftungsräte die Vorschriften des Gesetzes vom 14. Juni 1887 zur Anwendung kommen und auf welche sich der Streit der Parteien über den Verteilungsmaßstab beschränkt, für das im Streit befindliche Beitragsverhältnis der Filialgemeinde Bischmannshausen zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand der Gesamtpfarrgemeinde Betzenweiler die jeweilige Zahl der katholischen Pfarrgenossen in den beteiligten Gemeinden Betzenweiler, Bischmannshausen und Moosburg als maßgebend festgestellt. Zu diesem gemeinsamen Aufwand gehört der gesamte nach dem 1. April 1892 zur Deckung gelangende Aufwand, auch soweit er auf kirchliche Maßnahmen und Einrichtungen beruht, welche von den zuständigen Behörden vor dem 1. April 1892 beschlossen worden sind.

Urteil vom 27. April 1898 in der Berufungssache der Pfarrgemeinde Betzenweiler gegen die Filialgemeinde Bischmannshausen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

36.

Liegenschaftsgesetz; Unvollständigkeit der Vertragsurkunde zur Zeit der Unterzeichnung; Frist und Form der Rücktrittserklärung gemäß Art. 9 Abs. 3.

Laut urschriftlich ins Kaufbuch der Stadtgemeinde Sch. eingetragenem Vertrag vom 13. Oktober 1896 hat der Kläger sein Liegenschaftsanwesen im Flächengehalt von etwa 15 Morgen an den Beklagten um den Preis von 24300 M. verkauft. Der Vertrag wurde vor dem Schultheißen und Ratsschreiber L. abgeschlossen und von diesem sofort ins Kaufbuch eingetragen; unter den in 12 Ziffern eingeteilten Vertragsbedingungen lautet Ziffer 11: „Unter diesen Bedingungen kommt nun sämtliche im GB. T. 33 von Bl. 196 bis Bl. 206 beschriebene Liegenschaft, welche der Verkäufer z. Z. im Besitz hat, in Kauf; nicht mit inbegriffen ist die Waldparzelle auf Bl. 208 b." Hinter Ziff. 12 (Bl. 234) wurde eine Lücke — bis Bl. 237 b — offen gelassen und auf Bl. 237 b unten der Schluß, die Unterschriften der Parteien und des Ratsschreibers beigesetzt, vom letzteren aber n a c h h e r die Lücke mit einer mit dem Inhalt des Güterbuchs übereinstimmenden Beschreibung der Liegenschaft ausgefüllt. Ueber den Verkauf wurde, ohne daß die durch Ausfolge der beglaubigten Ver-

tragsabschriften bedingte unverzichtbare dreitägige Reu-Frist in Lauf gesetzt worden wäre, am 22. Oktober gemeinderätlich erkannt. Am 25. desf. Mts. wurde vom Stadtschultheiß und Ratsschreiber L. ein von den Parteien vereinbarter Nachtrag zu dem Kaufvertrag ausgefertigt; dem Kläger, welcher damals Bedenken trug, zu unterschreiben, weil ihm der Vertrag nicht mehr gefiel, sagte L.: „das wäre ungeschickt, wenn er vom Vertrag zurückträte, da über denselben schon erkannt sei." Dabei belehrte er übrigens den Kläger, daß er eventuell sein Reurecht binnen dreier Tage auf dem Rathaus geltend machen müsse, und stellte ihm, wie auch dem Beklagten, die vorschriftsmäßige Vertragsausfertigung zu. Am 28. Oktober, an welchem Tage der Beklagte von morgens 7 Uhr bis nachmittags auswärts auf dem Markt war, überbrachte vormittags 10 Uhr der Kläger eine ans Stadtschultheißenamt adressierte schriftliche Erklärung: „daß er den Vertrag aufhebe", dem ältesten ortsanwesenden Gemeinderatsmitglied, als Stellvertreter des abwesenden Stadtschultheißen; dieser setzte der Eingabe ein vom nämlichen Tag datiertes Protokoll gleichen Inhalts bei, welches am folgenden Tag dem Beklagten von L. urkundlich eröffnet wurde. Da der Beklagte auf die Rückgängigmachung des Kaufs nicht einging, erhob der Kläger Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrags. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Kläger begründet die geltend gemachte Nichtigkeit des Vertrags nur noch damit, daß die nach dem Liegenschaftsgesetz vorgeschriebene Urkunde zur Zeit der Unterzeichnung am 13. Oktober noch unvollständig, namentlich die Unterschrift nicht ordnungsmäßig, die nachherige Vervollständigung aber insofern unzureichend gewesen sei, als das unverändert gebliebene Datum — von jenem Tag der ersten Niederschrift — im Verhältnis zu dem ergänzten Vertrag nicht mehr das richtige gewesen sei.

Diese Einwendung ist aber mit dem Unterrichter zurückzuweisen. Der Beklagte wendet auf den Hergang bei der Er-

richtung und nachträglichen Ausfüllung der Urkunde den Gesichtspunkt des Blanketts an, aber nicht mit Recht. Denn nach unbestrittener Praxis wird das in Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes aufgestellte Erfordernis der Unterschrift der Kontrahenten dahin ausgelegt, daß dieselbe den Vertrag nur dann gültig mache, wenn sie die zuvor niedergeschriebenen Vertragsbestimmungen, einschließlich des Datums bestätigt. Hienach ist eine Zurückziehung der früher beigesetzten Unterschrift und des früheren Datums auf die nachträgliche Ergänzung der Urkunde unstatthaft; sie widerstreitet dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Vielmehr muß der nachträglich eingesetzte Inhalt ganz außer Betracht bleiben und entscheidend ist allein die Frage: ob der Kaufvertrag, so wie er damals sich darstellte, am 13. Oktober 1896 gültig abgeschlossen worden sei?

Will man dies mit dem Unterrichter bejahen, so ist darzuthun, 1) daß die Urkunde in ihrer Gestalt vom 13. Oktober eine formell gültige Kaufvertragsurkunde und 2) daß sie der vollständige und richtige Ausdruck des beiderseitigen Vertragswillens der Parteien war.

1) Der am 13. Oktober 1896 ins Kaufbuch eingetragene Vertrag entsprach, was die Bezeichnung der Vertragschließenden, den Kaufpreis und die Datumsangabe betrifft, zweifellos den Erfordernissen des Gesetzes (Art. 2). Zur Bezeichnung des Kaufsgegenstandes sodann genügte, nach unbestrittener Auslegung des Gesetzes, der Hinweis auf die betreffenden Stellen des Gemeindegüterbuchs (Ziff. 11 des Vertrags) in kurzer, aber hinreichend deutlicher, die Feststellung der Identität sichernder Form. Kam nun die Unterzeichnung Seitens der Kontrahenten hinzu, so enthielt offenbar der Kaufbuchseintrag vom 13. Okt. 1896 alles, was in formeller Beziehung zu der Urkunde über den Liegenschaftskauf notwendig war.

Es ist nun aber unter den Parteien unbestritten, daß die Namensunterschriften, welche sie an dem genannten Tage auf dem noch unbeschriebenen Bl. 237 des Kaufbuchs, vom Vertragsinhalt durch eine Reihe leerer Seiten getrennt, bei-

setzten, nach ihrem Willen nichts anders als die Unterschriften zu dem vorn stehenden Vertrag sein sollten. Daher steht fest, daß die Unterschriften trotz des leeren Zwischenraums in unmittelbarer Beziehung zu dem voranstehenden Kontext des Vertrags (Ziff. 1—12) standen, eine Beziehung, die dadurch allem Zweifel entrückt war, daß die schon damals vorhandene feste Verbindung der verschiedenen Blätter des — gebundenen — Kaufbuchs im Verein mit der publica fides des für die Eintragung ins Kaufbuch und für dessen Verwahrung verantwortlichen Ratsschreibers die Gefahr einer mißbräuchlichen Verwendung des leeren Zwischenraums ausschloß.

2) In materieller Beziehung sodann ist unbestritten, daß die Urkunde, der Kaufbucheintrag vom 13. Oktober, den Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung genau und vollständig wiedergab. Die Weglassung der — nachher eingesetzten — Güterbeschreibung bedingte keinerlei Modifikation oder Ungewißheit hinsichtlich des übereinstimmenden Vertragswillens der Kontrahenten; denn dieser war schon in den 12 Ziffern der Vertragsbedingungen im gleichen Sinn und Umfang, wie nachmals in der vervollständigten Gestalt, präzisiert und gebunden.

Der Kaufbuchseintrag in der Form vom 13. Okt. war also eine formell gültige, materiell dem Willen der Parteien durchaus entsprechende Urkunde, durch welche die Gültigkeit des darin niedergelegten Kaufvertrags entschieden ward. War aber die Weglassung des Güterbeschriebs ohne Belang für die Tragweite und den Inhalt des Vertrags, so änderte an seiner Gültigkeit auch die nachträgliche Einschaltung nichts; denn da sie bloß eine detaillierte Wiederholung der Ziffer 11 der Vertragsbedingungen war, brachte sie nichts Neues in die Urkunde und konnte nicht die Wirkung haben, daß durch Verquickung eines neuen mit dem alten Inhalt ein Ganzes entstand, welches durch das alte Datum und die alten Unterschriften nicht gedeckt gewesen wäre und vermöge dieses Formmangels der gesetzlichen formellen Grundlage entbehrt hätte.

Hienach muß der Anspruch des Klägers, sofern er sich auf die behauptete Nichtigkeit des Kaufvertrags stützt, als unbegründet zurückgewiesen werden.

Der Kläger behauptet aber in zweiter Linie: es sei der Kaufvertrag durch seine rechtzeitige Rücktrittserklärung, — gemäß Art. 9 Abs. 3 des Liegenschaftsgesetzes — aufgehoben worden.

Da unbestrittenermaßen die nach Artikel 7—9 des Gesetzes zu erfüllenden Förmlichkeiten nicht eingehalten worden waren, stand den Vertragschließenden binnen der Frist von 3 Tagen von der ihnen über das gemeinderätliche Erkenntnis gemachten Eröffnung an das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten.

Hienach fragt es sich zunächst, von wann an im vorliegenden Fall der Lauf der dreitägigen Frist zu berechnen ist? Die Behauptung des Klägers, daß dieselbe in Ermanglung eines offiziellen Eröffnungsaktes noch gar nicht in Lauf gesetzt, also seine Rücktrittserklärung jedenfalls rechtzeitig erfolgt sei, ist ebenso unzutreffend als die Auffassung des Beklagten, daß eine „Eröffnung" schon in den angeblichen privaten Mitteilungen am 22. Oktbr. 1896 gelegen und insofern die am 26., 27. oder 28. desselben Monats erfolgte Rücktrittserklärung verspätet gewesen sei. Dem Kläger ist darin beizupflichten, daß nach allgemeinem Sprachgebrauch „Eröffnung" eine Kundgebung von berufener, zuständiger Seite, also, wo es sich um behördliche Verfügungen und Akten handelt, eine amtliche offizielle Mitteilung voraussetzt. Von diesem Standpunkte aus wären etwaige private Mitteilungen, welche nach des Beklagten Darstellung einzelne Gemeinderatsmitglieder — insbesondere am 22. Oktober in der Sonnenwirtschaft — dem Kläger von dem ausgesprochenen gemeinderätlichen Erkenntnis gemacht haben sollen, für den Lauf der Frist ohne Bedeutung.

Andererseits ist es aber unbedenklich in demjenigen, was der Stadtschultheiß B. am 25. Oktober 1896 zum Kläger sagte, eine amtliche Eröffnung zu erblicken. Derselbe forderte laut seinem Zeugnis, ihn auf, den Nachtrag zum Kaufvertrag zu

unterschreiben, und sagte zu ihm: er habe ja dann noch drei Tage Bedenkzeit, um den Rücktritt bei ihm, auf dem Rathaus zu erklären; es wäre ungeschickt, wenn er darauf bestände, da über den Vertrag schon erkannt sei. Hier war die Hinweisung auf das erfolgte Erkenntnis mit der Kläger'schen Rücktrittsabsicht und mit der Belehrung über die Rücktrittsfrist in einer Weise in Zusammenhang gebracht, welche deutlich erkennen ließ, daß der Stadtschultheiß diese seine Mitteilung als „Eröffnung", wie sie ihm als Vorstand des Gemeinderats oblag, ansah.

Unzutreffend wäre die Auffassung, daß der Lauf der Rücktrittsfrist deshalb am 25. Okt. begonnen habe, weil da dem Kläger die Vertragsausfertigung zugestellt ward. Dieser Zustellung kommt für das Rücktrittsrecht des Art. 9 nicht die Bedeutung wie für das Reurecht des Art. 8 zu. Das „Reurecht" erlischt nach der allgemeinen Vorschrift des Landrechts mit dem gerichtlichen Erkenntnis. An diesem Grundsatz hat an und für sich das Liegenschaftsgesetz nichts geändert, hätte es ihn modifizieren und für die Fälle des Art. 7 dem Reurecht eine Fortdauer über das gerichtliche Erkenntnis hinaus gewähren wollen, so wäre das in dem Wortlaut der Bestimmungen zum Ausdruck zu bringen gewesen. Es hat aber vielmehr schon im Ausdruck, in der Bezeichnung, das nachträgliche „Rücktritts"-Recht von dem „Reurecht" unterschieden und rechtfertigt damit die Auffassung, daß beides auch sachlich etwas Verschiedenes sei. Darum ist es unzulässig, einen Zusammenhang zwischen der Zustellung der Vertragsausfertigung und dem Beginn der Rücktrittsfrist aus dem Gesetze abzuleiten.

Die Rücktrittsfrist von drei Tagen lief also dem Kläger vom 25. bis zum 28. Oktober 1896. Was die Frage ihrer Einhaltung betrifft, so ist dem Unterrichter auch darin beizupflichten, daß sie nur dann gewahrt wurde, wenn die Rücktrittserklärung binnen der drei Tage in rechtsgültiger Weise, also vor Allem an die richtige Adresse, erfolgte.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß der Rücktritt

von einem Vertrag, wenn überhaupt zulässig, dem anderen Vertragsteil gegenüber erklärt werden. Wenn für das Reurecht des Art. 7 von Einigen gelehrt wird, daß es bei der Kontrakten-Behörde geltend gemacht werden müsse oder wenigstens alternativ geltend gemacht werden könne, so hat der hiefür angeführte Grund — der Zusammenhang, in welchem die Ausübung des Reurechts mit dem gerichtlichen Erkenntnis stehe — doch nur dem eigentlichen „Reurecht" gegenüber etwas für sich, dessen rechtzeitige Ausübung dem gerichtlichen Erkenntnis im Wege steht, nicht aber gegenüber dem Rücktrittsrecht des Art. 9, welches Platz greift nach Beendigung der behördlichen Funktion, in einem Zeitpunkt, wo von einem Einfluß des Einen aufs Andere keine Rede sein kann.

Wenn also in Beziehung auf die Form der Geltendmachung des Rücktrittsrechts nicht einmal innere Gründe — einen formellen Anhaltspunkt gibt das Gesetz ohnehin nicht — für eine Aenderung des gemeinen Rechts sprechen und nach diesem kein Zweifel darüber besteht, daß der Rücktritt dem Gegenkontrahenten zu erklären sei, so kann die Zulassung eines anderen Modus nur in solchen Fällen in Frage kommen, wo es sich um Verhütung einer unverschuldeten Versäumnis der gesetzlich zu wahrenden Frist handelt. Der Unterrichter hat die Zuständigkeit für die Entgegennahme der Rücktrittserklärung in solchen Fällen (im Anschluß an Wächter) der Gemeindebehörde, dem Ortsvorsteher zuerkannt und die Bestimmung des justinianischen Rechts in l. 2 Cod. VII. 40 für anwendbar erklärt. Doch kann die Statthaftigkeit dieser Analogie hier unerörtert bleiben, da die Frage selbst: ob die Verhältnisse des vorliegenden Falles die Einschlagung jenes für den Notfall statuirten Weges rechtfertigten? zu verneinen ist.

Es steht fest, daß am letzten Tag der Rücktrittsfrist, am 28. Oktober 1896, der Beklagte von Morgens 7 Uhr bis Nachmittags 1/24 oder 5 Uhr von Hause abwesend war. Der Kläger selbst behauptet, das nicht gewußt zu haben, er hat aber nicht geltend gemacht, daß er versucht hätte, die Rücktrittserklärung bei dem Beklagten persönlich oder in

seinem Hause anzubringen. Er hat geglaubt, das Rathaus sei der Ort, wo die Erklärung abgegeben werden müsse, ein Irrtum, der als Grund einer Versäumnis nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht rechtfertigen würde.

Man könnte hienach zweifeln, ob in Ermangelung jedes Hinweises auf ein der ordnungsmäßigen Anbringung der Rücktritts-Erklärung entgegenstehendes Hindernis die einfache Erklärung beim Stadtschultheißenamt als „Protestation" Gültigkeit hätte? Aber auch dies kann dahingestellt bleiben; denn objektiv ist nicht dargethan, daß die Verhältnisse einen Notfall in der Weise begründeten, daß der Kläger, wenn er die richtigen Grundsätze und die Thatsachen gekannt hätte, so, wie er gethan, vorzugehen befugt erschiene.

Er konnte den Beklagten von 1/24 Uhr, bezw. von 5 Uhr an im Ort treffen, — er konnte ohne Zweifel die Zeit seiner Rückkehr in der Wohnung des Beklagten erfragen; — er konnte daselbst dessen Angehörigen die Bestellung einer mündlichen oder schriftlichen Mitteilung auch in Abwesenheit des Beklagten auftragen; er konnte, um den Erfolg eines solchen Auftrags zu sichern, zur Aufgabe desselben Zeugen beiziehen (mit Unrecht erklärt der Unterrichter dies für eine Maßnahme, die von dem Kläger „unmöglich verlangt werden könne"); er hat aber von all' dem nichts gethan, sondern vormittags 10 Uhr sich auf den Weg zum Stadtschultheißenamte gemacht und sich nun bei der dort angebrachten Erklärung beruhigt. Er durfte sich aber nicht auf den Standpunkt stellen, daß jede Unbequemlichkeit oder Weiterung für ihn einen Notfall begrüude. Hätte er etwa schon am 26. Oktober einen vergeblichen Versuch gemacht, die Erklärung beim Beklagten persönlich anzubringen, so wäre er damit nicht der Verpflichtung überhoben gewesen, am 27. oder 28. den Versuch zu wiederholen; und in gleicher Weise hätte er nicht ohne Weiteres, wenn er am letzten Tag der Frist vormittags 10 Uhr die Ortsabwesenheit des Beklagten erfuhr, die Unmöglichkeit einer persönlichen Anbringung voraussetzen

dürfen, zumal da er, wie bei der Nachbarschaft der beiden Parteien nicht zu bezweifeln ist, die Zeit der Rückkehr des Beklagten im Voraus hätte erfragen, jedenfalls bis zum Abend hätte abwarten können, ohne sich größerem Zeit- und Mühe-Aufwand auszusetzen, als mit dem übereilten Gang ins Dorf und aufs Rathaus verknüpft war. Hienach kann man nicht annehmen, daß der Kläger, um die Rücktrittsanzeige in ordnungsmäßiger Form anzubringen, durch die auf dem Rathaus abgegebene Erklärung alles dasjenige gethan habe, was unter den obwaltenden Verhältnissen von einem sorgfältigen Haushalter verlangt und erwartet werden konnte; und darum ist, sofern die Anzeige beim Stadtschultheißenamt in Betracht kommt, die Rücktrittsfrist als versäumt anzusehen und demgemäß das auf eine gegenteilige Auffassung gegründete Endergebnis der Würdigung des Unterrichters unzutreffend.

Urteil des II. Civilsenats vom 23. Dezember 1897 in Sachen Besenfelder gegen Feirer.

37.

Bedarf eine Vereinbarung über künftige Zurückübertragung einer erkauften Liegenschaft der Schriftform des Liegenschaftsgesetzes?

Im Jahr 1892 kam die Liegenschaft der Klägerin zur Zwangsversteigeruug, hiebei verblieb sie dem Beklagten, einem Schwager der Klägerin. Klägerin klagte später gegen den Beklagten auf Herausgabe der Liegenschaft, indem sie behauptete, es sei vereinbart worden, Beklagter solle die Liegenschaft für sie kaufen. Beklagter hat gegen die Klage u. a. eingewendet: diese angebliche Vereinbarung wäre wegen Mangels der Schriftlichkeit nach dem Liegenschaftsgesetz nichtig. Dieser Einwand ist zurückgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die durch den Eid der Klägerin zu erweisende Vereinbarung der Parteien gingen nach dem Bisherigen dahin, daß

Beklagter den Auftrag erhalten und angenommen hätte, das zur Versteigerung gebrachte Anwesen nach der Erwerbung durch ihn (gegen Ersatz seiner Auslagen) wieder in das Eigentum der Klägerin (oder eines von ihr zu bezeichnenden Glieds ihrer Familie) zurückzuübertragen. Hierin liegt nicht die Vereinbarung, daß Beklagter verpflichtet sein sollte, nach Erwerbung der Liegenschaft sie an die Klägerin zurückzuverkaufen; die Uebertragung von Besitz und Eigentum (an einer Liegenschaft oder einer beweglichen Sache) kann nicht bloß im Weg eines Kaufvertrags erfolgen; wenn insbesondere derjenige, der eine Sache in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Dritten gekauft hat, Besitz und Eigentum nicht unmittelbar für den Dritten erwirbt, sondern erst nachträglich auf ihn überträgt, so bedarf es zu dieser Erfüllung des Auftrags nicht des Abschlusses eines neuen Kaufvertrags zwischen dem Beauftragten und dem Dritten, und so ist auch im vorliegenden Fall anzunehmen, daß die Verpflichtung des Beklagten auf Grund des behaupteten Abkommens vom 29. Februar 1892 eben dahin gegangen ist, ohne Abschluß eines neuen Kaufvertrags das formell für ihn, in Wirklichkeit aber für die Klägerin oder deren Angehörige erworbene Eigentum auf Grund des erteilten und angenommenen Auftrags mittels Uebergabe an die Klägerin (oder eines ihrer Angehörigen) zu übertragen. Eine Vereinbarung dieses Inhalts bedurfte aber keiner Form[1])

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Novbr. 1897 i. S. Schönthaler gegen Bodamer.

38.

1. Stückweise Wiederveräußerung von Liegenschaft (Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes)[2]).

---

1) Anders künftig nach § 313 B.G.B. — Anm. d. E.

2) S. Boscher's Zeitschrift Bd. 38 S. 241 ff., Bd. 39 S. 356 ff.

2. Zum Begriff des Tauschs.
3. Umgehung von Verbotsgesetzen.

Die Beschwerdeführer R. und St. haben am 1. Juli 1897 ein Gut im Meßgehalt von etwa 120 Morgen (nebst Fahrnis) um 45 500 M. gekauft und hievon bis 10. Sept. 1897 annähernd ein Viertel wieder verkauft. Ferner haben sie folgende „Tauschverträge“ abgeschlossen:

1) An den Bauern W. haben sie 1 ha 32 a 42 qm im Anschlag von 2520 M. 68 Pf. gegen 1 ha 7 a 18 qm im Anschlag von 2176 M. 56 Pf. und ein Aufgeld von 344 M. 12 Pf. vertauscht. Die eingetauschten Grundstücke haben sie wieder verkauft.

2) An den Kübler B. haben sie ein Wohnhaus mit Stallung, Backofen, Remise, Scheuer u. s. w. im Meßgehalt von 9 a 63 qm und 2 ha 86 a 50 qm Grundstücke gegen ein Haus mit Scheuer, Backofen u. s. w. im Meßgehalt von 3 a 63 qm und 1 ha 12 a 32 qm Grundstücke und ein Aufgeld von 2000 M. vertauscht. Die Liegenschaften sollen nach der Behauptung der Beschwerdeführer einerseits 10 000 andererseits 8000 M. wert gewesen sein. Die eingetauschten Gebäude und einen Teil der eingetauschten Grundstücke haben die Beschwerdeführer weiter vertauscht, 22 a 64 qm der eingetauschten Grundstücke haben sie weiter verkauft, 1 ha 28 a am 24. Februar 1898 noch im Besitz gehabt.

Der Gemeinderat H. hat am 25. Nov. 1897 das gerichtliche Erkenntnis über diese Tauschverträge verweigert, das Amtsgericht die hiegegen eingelegte Beschwerde zurückgewiesen und auch die weitere Beschwerde ist von der Civilkammer H. zurückgewiesen worden. Die Civilkammer hat ausgeführt: Die angeblichen Tauschverträge seien in Wirklichkeit Kaufverträge; sie wären aber auch als Tauschverträge ungültig, weil zur Umgehung der Bestimmung des Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes geschlossen.

Diese Beschlüsse wurden auf weitere Beschwerde des R. und St. aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Wenn Artikel 11 Abs. 1 des Liegenschaftsgesetzes bestimmt: „Wer ein oder mehrere Grundstücke im Flächengehalt von wenigstens 10 Morgen aus einer Hand durch Kauf oder Tauschvertrag erwirbt, darf" — (binnen 3 Jahren) — „dieselbe nur im Ganzen oder nicht mehr als den 4. Teil davon verkaufen", so ist damit nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Vertauschung größerer Teile als eines Viertels (gegen andere Grundstücke) innerhalb der 3-jährigen Sperrzeit nicht verboten: wenn schon im Allgemeinen in einem Gesetz das Wort „verkaufen" in seinem technischen Sinn zu verstehen ist, so daß das „vertauschen" nicht darunter fällt, so muß dies vollends in einem Fall gelten, wo — wie hier — zuerst im gleichen Satz von Kauf- und Tauschverträgen die Rede ist, es also ungemein nahe gelegen wäre, neben dem „verkaufen" das „vertauschen" zu nennen, wenn auch letzteres hätte getroffen werden wollen. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt zudem keinen Anhalt dafür, daß auch Vertauschungen größerer Teile der erworbenen Grundstücke als eines Viertels innerhalb der Sperrzeit verboten werden wollten: wenn in den Verhandlungen der Kammern über das Gesetz mehrfach von einem „Veräußerungsverbot" gesprochen wurde, so ist dies lediglich als ein ungenauer Ausdruck anzusehen, da nirgends ersichtlich ist, daß darunter auch das Verbot, zu vertauschen oder zu verschenken, verstanden wurde.

Andererseits ist es innerlich wohl begründet, wenn die Vertauschung von Grundstücken (gegen Grundstücke) dem Verkauf nicht gleichgestellt wurde: einmal ist die Möglichkeit, Grundstücke gegen andere Grundstücke zu vertauschen, thatsächlich viel geringer als die des Verkaufs einzelner Grundstücke, sodann aber verstößt eine solche Vertauschung einzelner Grundstücke — auch wenn sie nicht lediglich zur Arrondierung der von dem Stückvertauscher erworbenen Liegenschaft erfolgt — nicht unmittelbar gegen den Zweck des Gesetzes, die Güterzerstücklung zu erschweren; denn der Grundstücksbesitz des Stückvertausches erleidet durch die Vertauschung keine (wesent-

liche) Veränderung seines Umfangs.

Die Civilkammer führt aus: für die Entscheidung darüber, ob ein Vertrag Kauf oder Tausch sei, sei nicht maßgebend, ob der Preis in Geld ausgedrückt werde, sondern „ob der eine der Kontrahenten die von ihm hinzugebende Sache feilbietet, ob er die Tendenz hat, seine Sache umzusetzen, ihren Geldwert zu realisieren, oder ob jeder der Kontrahenten seine Sache nur deshalb weggiebt, weil er die Sache des andern als solche (nicht als bloßen Vermögenswert) haben will"; „der Vertauschende will die zu erwerbende Sache selbst haben und behalten, weil sie abgesehen von ihrem Geldwert für ihn einen speziellen Gebrauchs- oder Affektionswert hat."

Mit Unrecht beruft sich die Civilkammer für diese Auffassung auf eine bestimmte Gesetzesstelle (l. 1 C. 4, 64 „De rerum permutatione et de praescriptis verbis actione"): hier ist gesagt: wenn ein verkäufliches Besitztum gegen ein anderes Besitztum hingegeben werde, können die Rechtssätze über Kauf analoge Anwendung finden („ad exemplum ex emto actionis etc."); keineswegs ist gesagt, daß das Rechtsgeschäft ein Kauf sei, die Ueberschrift des betreffenden Kodex-Titels spricht vielmehr ebenso wie der angeführte Inhalt des Gesetzes gegen diese Annahme.

Sodann ist es aber verfehlt, wenn die Civilkammer Kauf und nicht Tausch annehmen will, falls einer der Kontrahenten die Absicht hat, die einzutauschende Sache nicht zu behalten, sondern (in Geld) umzusetzen; es genügt in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, daß hienach in allen den häufigen Fällen, da ein Pferde- oder Viehhändler ein Pferd oder eine Kuh gegen ein gleiches Tier an einen Bauern vertauscht, ein Kauf angenommen werden müßte — eine Folgerung, die die Civilkammer selbst schwerlich zu ziehen gemeint ist. Es ist überhaupt ungerechtfertigt, ausschließlich die Absicht des einen vertragschließenden Teils als für die rechtliche Natur des Vertrags maßgebend zu betrachten; entscheidend dafür, ob ein Vertrag Kauf oder Tausch ist, sind in erster

Linie objektive Thatsachen, ob eine Sache gegen Geld oder — wie hier — gegen eine (gleichartige) Sache hingegeben wird, nicht die Zwecke, die die Vertragschließenden bei Erwerbung der Sachen verfolgen. Wenn allerdings ungleichartige Sachen vertauscht werden (z. B. ein Landgut an einen Möbelhändler gegen eine Aussteuer in Möbeln), so wird die Auffassung nahe liegen, daß zwei Kaufverträge geschlossen und dabei die Kaufpreise gegen einander aufgerechnet sind. Um einen derartigen Fall handelt es sich aber hier nicht. Ein Kauf, kein Tausch liegt sodann — mag das Geschäft auch als „Tausch“ bezeichnet sein — in dem Fall vor, wenn der Schwerpunkt der Leistung auch nur des einen Vertragschließenden in einer Geldleistung liegt. Auch dies trifft jedoch im gegenwärtigen Fall nicht zu.

In Betreff des W.'schen Tauschvertrags ist dies ohne weiteres klar. Aber auch bezüglich des von den Beschwerdeführern mit B. geschlossenen Vertrags gilt dasselbe: angesichts der Thatsache, daß es sich hier um Vertauschung von Wohnhäusern mit Scheuer u. s. w. (neben der von landwirtschaftlichen Grundstücken) gehandelt hat, ist unbedenklich davon auszugehen, daß der Schwerpunkt der Leistung des B. in der Hingabe von Liegenschaft, nicht in der Zahlung des Aufgelds lag.

Was nun die Frage anlangt, ob es sich bei den in Rede stehenden Tauschverträgen — die nach dem Bisherigen wirkliche Tauschverträge, keine Kaufverträge sind — um eine Umgehung des Gesetzes (ein facere in fraudem legis) handelt, so ist außer Zweifel, daß das Liegenschaftsgesetz in seinen einschlägigen Bestimmungen sich als Verbotsgesetz darstellt (s. Art. 12 des Ges.), und ebenso, daß in einem Tauschvertrag eine Umgehung dieser Gesetzesbestimmungen unter Umständen liegen kann. So läge die Sache z. B., wenn die Beschwerdeführer mit W. und B. vereinbart hätten, daß die Tauschverträge abgeschlossen, die eingetauschten Grundstücke sofort beiderseits weiter verkauft werden und sodann W. und B. den für ihre ursprünglichen Grundstücke erzielten Erlös

erhalten sollen und ebenso die Beschwerdeführer den für ihre ursprüngliche Liegenschaft erzielten. Nicht schon dann aber kann eine die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts begründende Umgehung des Gesetzes angenommen werden, wenn der eine Vertauschende durch das Geschäft einen vom Gesetz mißbilligten Erfolg herbeiführen will, der andere Teil aber keine derartige Absicht hegt, auch nicht dem Vertragsgegner zur Erreichung von dessen Absicht behilflich sein will (also nicht „particeps fraudis“ ist), sondern seinerseits lediglich den der wirtschaftlichen Natur des betreffenden Rechtsgeschäfts entsprechenden Erfolg im Auge hat. Die Umgehung des Gesetzes muß, wenn das Geschäft ungültig sein soll, bei Verträgen beiderseits gewollt sein (wozu unter Umständen genügen kann, daß der eine Teil sich auf das Geschäft im Bewußtsein davon einläßt, daß er hiedurch dem anderen Teil zu der von diesem beabsichtigten Gesetzesumgehung behilflich ist): vrgl. die bei Bähr: Urth. des R.G. S. 58—59 angeführten Beispiele von Gesetzesumgehungen bei Verträgen, wobei nach der Sachlage stets eine beiderseits auf Gesetzesumgehung gerichtete Absicht anzunehmen ist. Daß nun in den in Rede stehenden Fällen W. oder B. irgend eine andere Absicht gehabt haben, als die, statt ihrer bisherigen Grundstücke die ihnen von den Beschwerdeführern angebotenen zu erwerben und im Eigentum zu behalten, daß ihre Absicht dahin gegangen wäre, den Beschwerdeführern dazu behilflich zu sein, deren Liegenschaftsbesitz innerhalb der Sperrzeit stückweise zur Veräußerung zu bringen, daß sie auch nur von einer etwaigen auf Umgehung des Gesetzes gerichteten Absicht der Beschwerdeführer Kenntnis gehabt haben, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt; aus der Thatsache der Vertauschung folgt an sich noch nicht eine auf Umgehung des Gesetzes gerichtete Absicht der Beschwerdeführer; wenn sie z. B. Stücke der erworbenen Liegenschaft gegen andere Grundstücke vorteilhaft eintauschen und ihren nunmehrigen Liegenschaftsbesitz während der Sperrzeit im Besitz behalten, so ist das Geschäft auch ihrerseits ein durchaus erlaubtes.

Letztere Erwägung zeigt zugleich, wie mißlich es für den einen Vertragschließenden wäre, wenn das Rechtsgeschäft schon darum für ungültig angesehen werden müßte, weil der andere Teil eine Umgehung des Gesetzes bezweckte: er ist in Fällen wie der vorliegende häufig gar nicht in der Lage, bei Abschluß des Geschäfts zu erkennen, ob auf der Gegenseite eine derartige Absicht obwaltet; und wenn dann später, nach Vollziehung des Geschäfts (wie im gegenwärtigen Fall), die Behörde auf Grund der nunmehrigen Sachlage zu der Ansicht gelangt, daß der Vertragsgegner eine Gesetzesumgehung beabsichtigt habe und deshalb das Rechtsgeschäft ungültig sei, so wäre der unschuldige Teil der Gefahr ausgesetzt, daß er dem Gegner die eingetauschte Liegenschaft herausgeben müßte, die seinerseits hingegebene aber nicht mehr erlangen könnte, weil sie inzwischen weiter veräußert ist, und daß er auf Geltendmachung einer Schadensersatzforderung angewiesen wäre. Eine derartige Gefahr ist bei einem verbotenen Stückverkauf für den Käufer kaum vorhanden, der sich ja jederzeit aus den öffentlichen Büchern vergewissern kann, ob durch den Verkauf der Meßgehalt, dessen Verkauf innerhalb der Sperrzeit gestattet ist, überschritten wird oder nicht.

Daraus aber, daß ein solcher Stückverkauf schlechthin verboten ist, einerlei ob der Käufer das Verbot oder die Umstände kennt, die den Verkauf zu einem verbotenen machen, folgt nicht, daß auch ein Rechtsgeschäft verboten ist, das kein Verkauf ist, wodurch aber der eine Teil einen gleichen Erfolg wie durch einen Verkauf erzielen will: ein solches anderartiges Rechtsgeschäft stellt sich vielmehr nur dann als eine das Verbot verletzende Umgehung des Gesetzes dar, wenn eine solche Umgehung von beiden vertragschließenden Teilen in der oben bezeichneten Weise beabsichtigt ist. Da nach dem Ausgeführten eine solche Absicht jedenfalls auf Seite des W. und B. nicht angezeigt ist, können die Tauschverträge nicht als zur Umgehung des Gesetzes geschlossen und daher ungültig angesehen werden. Es bedarf deshalb keiner Prüfung der

Frage, welche Absicht die Beschwerdeführer bei Eingehung der Tauschverträge geleitet hat.

Nach all' dem kann aus den Bestimmungen der Art. 11 und 12 des Liegenschaftsgesetzes kein Grund zur Verweigerung des gerichtlichen Erkenntnisses über die fraglichen Tauschverträge abgeleitet werden.

Beschluß des I. Civilsenats vom 17. Mai 1898 in der Beschwerdesache des M. Rosenfeld und S. Stern.

39.

Regreßanspruch eines beim Verkauf des Unterpfands verkürzten Unterpfandsgläubigers gegen den zu Unrecht vor ihm befriedigten Nachpfandgläubiger.

Auf dem Liegenschaftsanwesen des G. B. in H. — über dessen Vermögen am 19. Februar 1896 der Konkurs eröffnet worden ist — hafteten zu jener Zeit nachstehende Pfandschulden: I. Pf.-R. der Allgemeinen Rentenanstalt in Stuttgart, Kapitalforderung von 11400 M. nebst $4^1/_2$% Zinsen. II. Pf.-R. dem K. D. U. (Kläger) Kaufschillingsforderung von 30000 Mark verzinslich zu 4% tro 2. Februar 1895. III. Pf.-R. der Eßlinger Brauereigesellschaft (Beklagte) für mehrere Forderungen von zus. 8600 M. verzinslich tro 11. November zu $4^1/_2$%.

Im Konkurs des Schuldners hat der Kläger seine Forderung von 30000 M. sowie 4% Zins hieraus vom 2. Februar 1895 bis zum Tage der Konkurseröffnung mit 1245 M. als unbevorrechtigte Ausfallsforderung angemeldet.

Der Verwalter im Konkurse des B. hat die verpfändete Liegenschaft des Gemeinschuldners zum freihändigen Verkaufe gebracht, welcher im Wege der öffentlichen Versteigerung unter der Leitung des Gemeinderats bewirkt worden ist. Für diesen Zweck wurde zunächst von der Ratsschreiberei ein Verzeichnis der Pfandschulden gefertigt, in welchem die Forderung des Klägers aufgeführt war mit „30000 M. tro 1. Februar à 4%". Die dem Liegenschafts-Verkaufsprotokoll vorangeschickten Kaufsbedingungen enthalten Ziff. 7

die Erklärung, das Resultat des I. Aufstreichs sei zum Voraus genehmigt, wenn mindestens 54000 M. erlöst würden. — Bei dem ersten Aufstreich erfolgte kein Angebot. Bei dem zweiten Aufstreich vom 27. April 1896 hat die Beklagte die Liegenschaft um 47500 M. erkauft. Am 9. Juni 1896 hat der Kläger auf dem Rathause ein Protokoll unterzeichnet, wornach er erklärte, daß er den Kaufvertrag genehmige, daß er mit Pfandrecht auf dem veräußerten Anwesen zu fordern habe: „tro 2. Februar 1896 à 4% 30000 M."; daß er unter Entlassung des Verkäufers aus dem Schuldverband sowie unter Einwilligung in die Löschung seines bisherigen Pfandrechts Verweisung seiner Forderung auf die Pfandkäuferin annehme, vorausgesetzt, daß seine Forderung mit dem hienach angegebenen Rang in den Kaufschilling eingewiesen und vom Käufer in folgender Weise abgetragen werde und zwar mit II. Pfandrecht

mit Zins vom 2. Februar 1896 an à 4%.

a) bar auf 1. November 1896 5000 M.

b) gegenseitig 3monatlich kündbar 25000 M.

Am 19. Juni 1896 hat der Vertreter der Beklagten, welcher die Zusammenstellung der Pfandsverhältnisse eröffnet wurde, zu Protokoll der Ratsschreiberei die Erklärung abgegeben, daß die Beklagte den Kaufschillingsrest „abzüglich der Vorpfandschulden gegen die Allgem. Rentenanstalt mit 11400 M. gegen C. U. tro 2. Febr. 1896 à 4% 30000 Mark" auf Rechnung ihrer Forderungen in Anspruch nehme.

An demselben Tag hat die Unterpfandsbehörde die Kaufschillingsverweisung gefertigt, wornach dem Kläger zugewiesen wurde

mit Zins vom 2. Februar 1896 an à 4%

a) bar auf 1. November 1896 an à 4% 5000 M.

b) gegenseitig 3monatlich kündbar 25000 M.

30000 M.

Ein Auszug aus dieser Kaufschillingsverweisung ist dem Kläger am 11. Juli 1896 zugestellt worden.

Am 16. Juli 1896 hat Rechtsanwalt St. der Rats-

schreiberei folgende schriftliche Erklärung abgegeben: „Als Bevollmächtigter des K. U. lege ich Verwahrung ein gegen die Löschung des Unterpfandrechts, da U. noch einen Jahreszins vom 2. Februar 1895 bis 2. Februar 1896 zu fordern hat, der bei der Verweisung unberücksichtigt blieb".

Trotz dieser Verwahrung ist die Verweisung vollzogen worden. Der Kläger hat hienach nur den Zins vom 2. Februar 1896 an erhalten, während sein Anspruch auf den — unbestrittenermaßen noch nicht bezahlten — Jahreszins vom 2. Februar 1895/96 mit 1200 M. unberücksichtigt geblieben, dieser Betrag der Beklagten zugekommen ist.

Der Kläger, welcher behauptet, die Aufnahme jenes Jahreszinses in die Kaufschillingsverweisung sei zufolge eines Versehens der Ratsschreiberei unterblieben, hat mit der Klage von der Beklagten die nachträgliche Bezahlung bezw. die Herausgabe der 1200 M. verlangt. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Bei der Kaufschillingsverweisung, welche über den Liegenschaftsverkauf des Konkursverwalters seitens der Unterpfandsbehörde gefertigt und vollzogen worden ist, sind die Jahreszinsen aus der dem Kläger zustehenden Pfandforderung von 30000 M. auf die Zeit vom 2. Februar 1895/96 mit 1200 M. unberücksichtigt geblieben, wogegen dieser Betrag der mit nachgehendem Recht auf dem Anwesen versicherten Beklagten zu gute gekommen ist, indem diese mit dem entsprechenden Mehrbetrag als Pfandgläubigerin zum Zug kam und hiemit auf sich selbst als Käuferin des Anwesens verwiesen wurde. Der Kläger verlangt Erstattung jenes ihm entgangenen Betrags. Der Klageanspruch ist zunächst auf den Grund der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt worden, wobei indes der Kläger sich speziell auf die Bestimmung in Art. 46 des Pfandentwickelungsgesetzes vom 21. Mai 1828 berufen hat. Der Unterrichter hat unentschieden gelassen, ob die Klage aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung (condictio sine causa) begründet sei, und hat den Klageanspruch als

schon unmittelbar aus dem Pfandrecht — dem Pfandrechtsvorrang oder „besseren Recht" — des Klägers als begründet erachtet.

Sicher ist, daß der Kläger nach Art. 94 Abs. 1, Art. 96, 203 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 und Art. 33 ff. des Pfandentwickelungsgesetzes einen aus dem Pfandrecht und dem in jenen Gesetzen normierten Rechtsverhältnis der Priorität im Pfandrecht erfließenden Anspruch darauf hatte, aus dem Erlöse der veräußerten Liegenschaft vor der ihm nachgehenden Pfandgläubigerin befriedigt zu werden, und der vorige Richter hat darin Recht, daß dieser Anspruch dem Nachpfandgläubiger gegenüber nötigenfalls im Wege der Klage (Pfandklage) geltend gemacht werden kann. In einem Falle indes, wo einem Gläubiger der demselben in Vollzug einer Verweisung bereits ausbezahlte Teil des Erlöses abverlangt werden will, erscheint es, zumal im Hinblick auf die Bestimmung der Art. 129 ff. des Pf.G. über Erlöschung des Unterpfandsrechts zum wenigsten zweifelhaft, ob die Klage noch als Pfandklage zu betrachten sei und aus dem Pfandrecht allein ohne Weiteres zu begründen wäre. Eine solche Klage hat, sofern es sich um einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe einer empfangenen Zahlung handelt, den rechtlichen Charakter einer Rückforderungsklage, Kondiktion[1]). Wofern ein solches Rückforderungsrecht nicht in dem geltenden Landesrecht seine gesetzliche Stütze hätte, wäre der Anspruch auf seine Zulässigkeit und Begründung an der Hand der gemeinrechtlichen Grundsätze über Verpflichtungen aus grundlosem Haben zu prüfen, wobei sich insbesondere die Frage erheben würde, ob eine Bereicherung auf Seiten des bevorzugten Gläubigers vorliege.

Allein es ist im Württembergischen Recht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ein Rückforderungs-(Regreß-)anspruch des bei dem Verkauf eines unbeweglichen Pfandstücks verkürzten Unterpfandsgläubigers gegen den zu Unrecht vor

1) cf. Seufferts Archiv Bd. 17 No. 52, Bd. 40 No. 25, Bd. 47 No. 83.

ihm aus dem Erlöse befriedigten Gläubiger wenigstens für den in Art. 46 des Pfandentwickelungsgesetzes unterstellten Fall anerkannt, wenn nämlich die Unterpfandsbehörde hinsichtlich der Beachtung der Rechte der Gläubiger bei Verweisung des Erlöses aus einem verpfändeten Gute die Befolgung der Vorschriften der Art. 207 und 208 des Pfandgesetzes hintangesetzt hat. Hier steht nach Abs. 2 des Art. 46 den vernachtheiligten Hypothekargläubigern, vorbehältlich der Entschädigungsansprüche an die Unterpfandsbehörde, der Regreß gegen die befriedigten Gläubiger zu. Dieser so gesetzlich statuierte Regreßanspruch ist — mag man denselben als Kondiktion (sine causa oder „ex lege") oder etwa auch als Erweiterung der Pfandklage, einen Prioritätsanspruch auf den Erlös[1]) betrachten — von dem Nachweise weiterer Voraussetzungen einer condictio unabhängig, da der Gesetzgeber das Vorhandensein dieser Voraussetzungen in dem gegebenen Fall entweder als nicht erforderlich oder als hier stets zutreffend erachtet hat. Es bedarf also hier namentlich nicht des besonderen Nachweises einer Bereicherung auf Seiten des bevorzugten Gläubigers in dem sonst für Kondiktionen maßgebenden Sinne[2]) und es steht diesem Anspruch auf Ausgleichung des erlittenen Unrechts der Zweifel nicht entgegen ob eine Rückforderung Platz greife gegen denjenigen, welcher nur erhielt, was er zu fordern hatte („Ab eo qui suum recepit" l. 44 Dig. 12, 6)[3]).

Nach seiner prozessualen Seite hin hat das in dem materiellen Recht fußende Klagerecht des verkürzten Gläubigers auch in den Vorschriften des Art. 25 Abs. 4 des W. Subhastationsgesetzes vom 18. Aug. 1879 vgl. mit § 764 Abs. 2 der C.-P.-O. gesetzliche Anerkennung gefunden, und soweit die Entscheidungsgründe des vorigen Richters dies betonen, stellt sich der Angriff der Berufung hiegegen als unberechtigt dar.

1) cf. Jahrb. der W. Rechtspfl. Bd. 8 S. 129 ff.

2) Entsch. des R.G. 13 No. 43 S. 181 f. cf. 20 No. 13 S. 68.

3) Vgl. Volley Comm. zum Pfandgesetz III S. 1226 cf. I S. 504 f.

Trifft also, was nachgehends zu untersuchen sein wird, der Fall des Art. 46 des Pfandentwicklungsgesetzes zu, so kann unentschieden bleiben, ob auch vom Standpunkt der gemeinrechtlichen Kondiktion der Klageanspruch begründet sei, ob eine Bereicherung der Beklagten, wiewohl sie für eine ihr zustehende Forderung befriedigt wurde, nicht jedenfalls insofern vorläge, als sie für eine Ausfallsforderung abgesonderte Befriedigung aus einem für die Konkursgläubiger nicht bestimmten Vermögenswert und damit eine Befriedigung erlangt hat, welche sie, soweit sie die Konkursdividende überstieg, bei der damaligen Rechtslage nicht zu beanspruchen hatte.

Außer Streit ist, daß die Kaufschillingsverweisung vom 19. Juni 1896 den Zinsenanspruch des Klägers pro 1895/96, worauf sich das Pfand- und Absonderungsrecht desselben miterstreckte (W. Ausf.-Gesetz zur R.K.O. § 13), unberücksichtigt gelassen hat und außer Zweifel, daß insofern durch den Vollzug der Verweisung ein unrichtiges Ergebnis (objektiv) herbeigeführt worden ist.

Dürfte man das Fundament des Rückforderungsanspruches schon mit dem Pfandrecht, dem „besseren Recht", des Klägers als gegeben ansehen, so wäre die Klage an sich durch den unbestrittenen Sachverhalt begründet. Aber auch wenn die Klage (nur) auf die spezielle Gesetzesvorschrift des Art. 46 des Pfandentwicklungsgesetzes zu gründen ist, hat der Kläger seiner Behauptungs- und Beweispflicht zunächst durch die Darlegung des Thatbestandes genügt, aus welchem hervorgeht, daß er durch den Vollzug der Verweisung benachteiligt worden ist infolge ungesetzlicher Nichtbeachtung seines besseren Rechtes seitens der Unterpfandsbehörde (oder Vollstreckungsbehörde). Sache der Beklagten ist es alsdann, darzuthun, daß und weshalb der Kläger seines Regreßanspruchs etwa verlustig gegangen sei.

Die Beklagte bestreitet zunächst, daß die Unterpfandsbehörde den Zinsenanspruch des Klägers unbeachtet gelassen habe, die Verweisung sei auf Grund der eigenen Willenserklärung des Klägers, so wie geschehen, gefertigt worden.

(Es wird nun ausgeführt, daß dies nicht richtig ist und sodann fortgefahren:) Nun macht die Beklagte geltend, der Kläger sei wegen Versäumung eines in gesetzmäßiger Weise erhobenen Widerspruchs nach Maßgabe des Gesetzes vom 18. August 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, mit seinem Erstattungsanspruch präkludiert worden. Mit Recht hat aber der vorige Richter verneint, daß ein solcher Ausschluß eingetreten sei.

a) Es erscheint zunächst schon das fraglich, ob im vorliegenden Falle die von der Unterpfandsbehörde gefertigte Kaufschillingsverweisung ihrer Bedeutung und Wirkung nach unter das Subhastationsgesetz vom 18. Aug. 1879 zu stellen ist.

Der Konkursverwalter hat die Liegenschaft zum „freihändigen Verkauf" — also nicht zum Zwangsverkauf nach § 116 der K.O. — gebracht. Derselbe war unter der Voraussetzung des § 122 der K.-O. befugt, die Liegenschaft unbeschadet der daran bestehenden Absonderungsrechte[1]) aus freier Hand zu verkaufen. Auf einen derartigen Verkauf kommen die Bestimmungen über den Verkauf der verpfändeten Sache durch den Schuldner Pf.E.G. Art. 33 bis 35 zur Anwendung: Württ. Ausfg. zur K.O. § 15; Subhast.Ges. vom 18. Aug. 1879 Art. 30[2]). Nach Art. 34 des PfandE.G. Absatz 2 soll, wenn keiner der in Abs. 1 bezeichneten Fälle vorliegt, auf Antrag des Verkäufers, der von seinem ihm nach Art. 94 des Pf.G. zustehenden Veräußerungsrecht Gebrauch machen will, öffentliche Versteigerung eingeleitet werden und alsdann in gleicher Weise, wie wenn die Versteigerung von einem Pfandgläubiger verlangt wird, das weitere Verfahren „gemäß dem Exekutionsgesetze" statt haben. Zwar hat man davon auszugehen, daß in dem Falle des Art. 34 Abs. 2 des Pf.E.G. an die Stelle der früheren Exekutionsgesetze von 1825 und 1855 das neue Gesetz über Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen getreten ist; denn es soll nach dem Willen des Ge-

1) cf. Stieglitz K.O. ad § 3 S. 35 Ziff. 3; § 116 S. 497 Ziff. 1.
2) Lang S.Recht II § 189 Z. I 6; § 190 S. 374 Note 9.

setzes in dem unterstellten Falle dem Verpfänder zustehen, die öffentliche Versteigerung so, wie der Pfandgläubiger eine solche zur Verwirklichung seines Pfandrechts zu veranlassen hätte, also den eigentlichen Pfandverkauf herbeizuführen, und dieser Verkauf vollzieht sich stets wie früher nach dem Exekutionsgesetze so jetzt in den Formen des Subhastationsgesetzes[1]). Dagegen fragt es sich, ob vorliegend der Fall des Art. 34 Abs. 2 des Pf.E.G. gegeben war, bezw. von der Behörde als gegeben angenommen wurde und ob das hier eingeschlagene Verfahren thatsächlich ein solches nach der Subhastationsordnung gewesen ist.

Die Bestimmungen in Art. 33—35 des Pf.E.G. gehen von dem Falle (Art. 33, Abs. 1) aus, daß der Schuldner selbst das mit Unterpfand belastete Gut verkaufe. Erweist sich bei einem solchen Privatverkauf, daß die Pfandgläubiger nicht vollständig und bar befriedigt werden können, so sind die Pfandgläubiger von dem Verkauf in Kenntnis zu setzen und zur Erklärung innerhalb angemessener Frist aufzufordern. Genehmigen die Gläubiger den Verkauf, so kann über denselben erkannt werden; genehmigen sie den Verkauf nicht, so kann regelmäßig über den Verkauf nicht gerichtlich erkannt werden, außer in den beiden in Art. 34 Abs. 1 bezeichneten Fällen; tritt keiner dieser letzteren Fälle ein, so kann nunmehr der Verpfänder (Eigentümer) des verpfändeten Grundstücks den öffentlichen Verkauf verlangen, wobei dann das „weitere" Verfahren nach Maßgabe des Exekutionsgesetzes, jetzt nach dem Subhastationsgesetze, vor sich geht[2]).

Im vorliegenden Fall hat der Konkursverwalter von vornherein einen Verkauf, allerdings im Wege der öffentlichen Versteigerung, aus freier Hand vorgenommen. Dies ist nach gewöhnlichem Sprachgebrauch und demjenigen der R.Konkursordnung[3]) der Gegensatz zum Zwangsverkauf.

1) cf. Boscher's Zeitschrift Bd. 27 S. 12 unten. Lang, S.R. II S. 190 S. 373 f.

2) cf. Lang a. a. O. Boscher's Zeitschrift 1880 S. 335.

3) Vgl. Sarwey-Bossert § 122 S. 664.

Sodann ist der Verkauf zwar unter Beachtung der Vorschriften des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853, nicht aber in den Formen des Subhastationsverfahrens durchgeführt worden. Von der Anordnung eines Zwangsverkaufs, von der Bestellung eines Zwangsverwalters 2c. ist darin nirgends die Rede; die in Art. 16 der Subhastationsordnung gegebenen Formvorschriften wären nicht durchweg erfüllt. Die Verweisung ist von der Unterpfandsbehörde, nicht von einer „Vollstreckungsbehörde" [1]) gefertigt. Kurz, es ist allem nach ein freihändiger Verkauf, wobei die Vereinigung der Pfandverhältnisse seitens des Gemeinderats als der Unterpfandsbehörde auf Grund des von den Pfandgläubigern genehmigten Verkaufs des Konkursverwalters angenommen wurde [2]).

Die Verweisung des Erlöses aus einem derartigen Verkaufe hätte, — mag auch im übrigen die Wirkung derselben die gleiche wie bei einem Zwangsverkauf gewesen sein — doch diejenige Präklusion eines Regreßanspruches des Klägers nicht herbeiführen können, welche nach der Auffassung der Beklagten mit der Verweisung in einem gemäß der Subhastationsordnung durchgeführten Verfahren verknüpft ist.

b) Unterstellt man aber, daß das Verfahren bei der hier vorgenommenen Veräußerung auch in der letztgedachten Beziehung nach dem Subhastationsgesetz vom 18. August 1879 zu beurteilen sei, so führt dies dennoch nicht zu dem Ergebnisse eines Ausschlusses des klägerischen Regreßanspruchs.

Es wäre im gegenwärtigen Fall von der Behörde nicht das Terminverfahren nach Art. 25 des genannten Gesetzes, sondern — wenn überhaupt ein Subhastationsverfahren — das in Art. 26 des Gesetzes für einfachere Fälle zugelassene Verfahren eingehalten worden. Die Verweisung wurde durch bloße Mitteilung von Auszügen den Beteiligten eröffnet. Gewiß ist nun, daß, wenn von dem Kläger gegen die in einem solchen Verfahren ergangene Verweisung rechtzeitig — hier

1) cf. Lang S.R. II § 190 S. 405.

2) Vgl. Boscher's Zeitschrift Bd. 27 S. 2 ff. S. 14 ff.

innerhalb der zweiwöchigen Frist von der Eröffnung an — in gesetzlich vorgeschriebener Weise Widerspruch erhoben worden war, sein Recht, gegen die auf seine Kosten berücksichtigte Nachpfandgläubigerin Regreß zu nehmen, durch die Vollziehung der Verweisung ungeschmälert geblieben ist. Diese Befugnis ist in Art. 25 Abs. 4 des Gesetzes selbst für das Terminsverfahren dem widersprechenden Gläubiger ausdrücklich vorbehalten[1]).

Dem Unterrichter ist aber darin beizupflichten, daß als ein dem Gesetze genügender Widerspruch die Erklärung anzusehen ist, welche der Bevollmächtigte des Klägers Rechtsanwalt St., nachdem die Verweisung am 11. Juli 1896 dem Kläger eröffnet worden war, am 16. Juli 1896 schriftlich der Unterpfandsbehörde gegenüber abgegeben hat. Zwar ging diese Erklärung dem Wortlaut nach dahin, daß gegen die Löschung des Unterpfandsrechts Verwahrung eingelegt werde. Allein dem Sinn und der Sache nach war damit dem Vollzug der Verweisung entgegengetreten, denn durch diese war die Löschung des Unterpfands bezw. die beabsichtigte Vereinigung der Pfandverhältnisse bedingt. Zudem war jener Verwahrung die Begründung beigefügt: daß der Kläger noch einen Jahreszins zu fordern habe, der bei der Verweisung unberücksichtigt geblieben sei. Darin war gelegen, daß der Kläger Berücksichtigung des übergegangenen Zinsenanspruchs verlange. An eine bestimmte Wortform ist der Widerspruch nicht gebunden. Vgl. auch Vollz.-Instruktion zum Subh.Gesetz vom 1. Okt. 1879 § 46, § 53[2]).

Wird in den Fällen des Art. 26 des Subh.Gesetzes rechtzeitig von einem Beteiligten Widerspruch erhoben, so soll das Ermessen der Vollstreckungsbehörde darüber entscheiden, ob der Widerspruch nach Beschaffenheit der Umstände die Aussetzung der Vollziehung der Verweisung rechtfertige; diese Behörde kann die Aussetzung auch an die dem Widersprechenden zu machende Auflage knüpfen, binnen bestimmter kurzer Frist Klage zu er-

1) Vgl. Gaupp, Anh. zur C.P.O. (Württ. R.) S. 84. 85.
2) cf. Kohler im Anh. für civilist. Praxis Bd. 80. S. 180.

heben und, daß solches geschehen, nachzuweisen. Die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde ist den Beteiligten sofort zu eröffnen. Vgl. Vollz.-Instruktion § 53[1]). Nachdem also von dem Kläger Widerspruch erhoben war, hätte die Unterpfandsbehörde (Vollstreckungsbehörde) die Verweisung nicht ohne Weiteres vollziehen dürfen. Veranlassung, den Vollzug auszusetzen, war, sofern der Anstand sich nicht sofort beheben ließ, in einem Fall, wo die Verkürzung eines Vorpfandgläubigers um den Betrag von 1200 Mk. in Frage stund, sicherlich gegeben. Eine von der Behörde mit den Beteiligten vorgenommene Erörterung hätte die Sache, wenn dieselbe zweifelhaft erschien, in Kürze aufklären müssen und der vorige Richter hat wohl Recht mit der Vermutung, daß damals die Beklagte selbst gegen eine entsprechende Richtigstellung der Verweisung nichts eingewendet haben würde. Ist sonach von der Unterpfandsbehörde, welche vom Gesetz (Pfandgesetz Art. 207 cf. Hauptinstruktion § 247) für die gesetzmäßige Beachtung der Rechte der Gläubiger bei der Verfügung über einen Gutserlös strenge für verantwortlich erklärt ist, unter Nichtbeachtung des vom Kläger erhobenen Widerspruchs die Verweisung vollzogen werden, so trifft die Bestimmung des Art. 46 des Pf.E.G. unmittelbar zu; und es ist eine Ausschließung des Regreßanspruchs des Klägers gegen die Beklagte auch nicht durch die Bestimmungen des Subhastationsgesetzes eingetreten. Denn was schließlich die Behauptung der Beklagten betrifft, daß die Wirkungen des Widerspruchs durch Versäumung der Frist für die Klageerhebung (Art. 25 Abs. 4 des Subhastationsgesetzes) wieder beseitigt worden wäre, so ist auch dieser Einwand unzutreffend. Wollte man je für den Fall des Art. 25 des Gesetzes annehmen, daß selbst der widersprechende Gläubiger durch Versäumung der Frist zur Widerspruchs*klage* seiner materiellen Rechte gegen den befriedigten Gläubiger bleibend

1) Motive zum Gesetz vom 18. Aug. 1879: Neue Justizgesetzgebung Bd. VI, 1. S. 360 zu Art. 26.

verlustig gehe[1]), so könnte dies doch keinenfalls den Gläubiger gegenüber gelten, welcher in einem Verfahren nach Art. 26 des Subhast.Gesetzes Widerspruch erhoben hat, ohne daß ihm eine Frist zur Klagerhebung darauf hin erteilt worden ist.

Auf eine erneute Entscheidung der Fragen, ob der nicht widersprechende Gläubiger nach dem Vollzug der Verweisung mit seinem Regreßanspruch bei dem Verfahren nach Art. 25 des Subh.Gesetzes oder selbst bei dem Verfahren nach Art. 26 dieses Gesetzes dauernd präkludiert sei[2]), braucht hiernach nicht weiter eingegangen zu werden und es mag nur gegenüber den Ausführungen der Berufungsbegründung über die mißlichen Folgen der Zulassung einer nachträglichen Rückforderung nach vollzogener Verweisung darauf hingewiesen werden, daß die hieraus auf die Absicht des Gesetzgebers gezogenen Schlüsse für ein Verfahren nicht zutreffen können, welches nicht wie das gerichtliche Terminsverfahren mit den Garantien der Publizität und des rechtlichen Gehörs umgeben ist, und daß insbesondere für einen Fall, in welchem der benachteiligte Gläubiger gegen den Vollzug der Verweisung sogar ausdrücklich Verwahrung eingelegt hatte, die totale Verwirkung des Anspruchs vom Gesetz nicht gewollt sein kann.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. November 1897 in Sachen Eßlinger Brauereigesellschaft gegen Ueckele.

40.

Was ist unter einer Frist von acht Tagen zu verstehen?

Beklagter hat vom Kläger am 20. Juli 1896 ein Pferd mit 8tägiger Probezeit gekauft und ist am 28. Juli vom Kauf zurückgetreten. Gegenüber dem Einwand des Klägers, der Rücktritt sei verspätet erklärt worden, führen die

1) S. jedoch Gaupp C.P.O. § 764 (2. Aufl.) S. 509 Ziff. III, Anhang S. 84.

2) Dagegen Entscheidungen dieses Senats in Sachen Volksbank gegen Redwitz v. 10. Febr. 1885 und in Sachen Kögler gegen Otto v. 26. März 1886.

Gründe

aus:

Der Kläger bestreitet auch in dieser Instanz, daß der Rücktritt rechtzeitig erklärt worden ist; er behauptet, daß nach gemeinem Sprachgebrauch unter „acht Tagen" eine Woche zu verstehen sei. Dies ist richtig beim Gebrauch gewisser Wendungen, so in der Formel „heute in acht Tagen, heute über acht Tage", womit der gleichnamige Wochentag der folgenden Woche gemeint ist[1]).

Auch ist zuzugeben, daß auch sonst im gemeinen Leben bei Zeitbestimmungen ungenau 8 Tage für eine Woche genommen werden. Allein dieser Sprachgebrauch ist nicht auch für das Rechtsleben anzuerkennen, vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, daß, zumal wenn von der Wahrung einer Frist die Erhaltung eines Rechts abhängt, unter einer Frist von 8 Tagen volle acht Tage zu verstehen sind[2]).

Dazu kommt im vorliegenden Falle, daß die Frist zum Zwecke der Erprobung des gekauften Tiers gegeben war, wie denn auch der Kläger in dieser Instanz selbst vorträgt, daß die bedungene Probezeit nicht gewahrt worden sei; Zeuge W. bezeugt, es sei ausdrücklich ausgemacht worden, daß Beklagter 8 Tage Probezeit haben solle; in diesem Zusammenhange bedeuten selbst im gemeinen Leben „acht Tage" nicht nur eine Woche, sondern volle acht Tage. Nach römischem Recht wird der Tag, in welchen das den Anfang der Frist bestimmende Ereignis fällt, zwar in die Frist eingerechnet[3]); allein ganz abgesehen davon, daß das Prinzip der modernen Gesetzgebungen, wornach jener Tag in die Frist nicht eingerechnet wird, als präsumtive Norm für die Auslegung vertragsmäßiger Fristbestimmung sich Geltung verschafft hat[4]), wird jene Einrechnung, wie schon der Unterrichter zutreffend ausgeführt hat, durch die Natur der Frist als Probezeit

1) Vergl. Motive zum I Entw. des B.G.B. I S. 285.

2) Seuffert, Archiv 44 nr. 167.

3) Windscheid, Pand. § 103 Note 12, B.G.B. Motive I S. 283.

4) Seuffert, Archiv 39 nr. 290.

ausgeschlossen. Da die Beklagte erst von dem auf den Kauf folgenden Tage an in der Lage war, das Pferd für die Zwecke, für die es gekauft war (im Zug u. a.) zu erproben, so war der Tag des Kaufs nicht in die Probezeit einzurechnen. Die Frist war also jedenfalls durch die am 28. Juli 1896 erfolgte Rücktrittserklärung gewahrt.

Urteil des II. Civilsenats vom 20. Januar 1898 i. S. Stehle gegen Weißhaar.

41.

1. Zur Auslegung des Art. 1 Ziff. 9 des Gesetzes vom 6. Mai 1852[1]).
2. Stillschweigender Verzicht einer juristischen Person?

Der auf Grund seiner Statuten mit dem Recht einer juristischen Person ausgestattete klagende Verein, welcher zum Betrieb seines Schlachthauses, sowie der dazu gehörigen Wirtschaft die obrigkeitliche Erlaubnis erhalten hat, verpachtete in den Jahren 1875 bis 1890 die Wirtschaft an den Beklagten, auf Grund von Pachtverträgen, die je von 3 zu 3 Jahren teils verlängert, teils erneuert wurden. Der erste Pachtvertrag vom 19. Januar 1875 enthielt in § 8 die Bestimmung: „Alle aus dem Betrieb der Wirtschaft entspringenden Steuern und öffentlichen Abgaben hat der Pächter zu bezahlen" und diese Bestimmung ist im Wesentlichen unverändert auch in die spätern Pachtverträge aufgenommen. Es hat nun der Beklagte wohl die sog. Getränkesteuer (früher Umgeld und Accise), nicht aber die ebenso ausschließlich aus dem Wirtschaftsbetrieb zu entrichtende Gewerbesteuer bezahlt. Letztere hat vielmehr stets der Verein an die zuständige Steuerbehörde entrichtet und derselbe hat auch während der vollen fünfzehn Jahre nie den Beklagten um Ersatz derselben angegangen. Erst im Jahre 1895 ist dem dermaligen Verwalter H. diese Unterlassung aufgefallen und es fordert nunmehr im gegenwärtigen Prozeß der Kläger von dem Beklagten die

1) Vergl. § 197 B.G.B.

Nachzahlung bezw. den Ersatz der von ihm entrichteten Gewerbesteuer für die Jahre 1875 bis 1890 im unbestrittenen Gesamtbetrag von 5010 M.

Der Beklagte hat seine Ersatzpflicht bestritten, sofern diese Steuer, wenn auch vielleicht dem Wortlaut des Vertrags nach, so doch nicht nach dem Willen der Vertragsschließenden unter die vom Beklagten zu bezahlenden Steuern falle und jedenfalls der Verein bezw. die denselben vertretenden Organe: Ausschuß, Vorstand, Verwalter und Kassier auf den Ersatz der Steuer durch die wissentliche Unterlassung der Einziehung, der Ausschuß auch im Wege der Beschlußfassung verzichtet haben. Außerdem hat der Beklagte die Einrede der Verjährung auf Grund des württemb. Gesetzes vom 6. Mai 1852 geltend gemacht.

Es ist nach dem Klagantrag erkannt worden. Aus den

Gründen:

I. Die Einrede der Verjährung der Klagforderung schlägt nicht durch.

Wenn das württemb. Gesetz vom 6. Mai 1852 betr. die Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist in Art. 1 seinen Bestimmungen unterworfen erklärt; „9) die Forderungen an rückständigen Miet- und Pachtgeldern", so ist man nach dem Gesichtspunkt, welcher, gemäß dem Begleitungsvortrag der K. Staatsregierung zu dem fraglichen Gesetzentwurf vom 31. Januar 1848, für die Auswahl der in A. 1 des Ges. aufgeführten Forderungen maßgebend gewesen ist, nämlich die Absicht der Einführung einer kurzen Verjährungsfrist „für diejenigen aus dem gewöhnlichen täglichen Verkehr oder aus sonstigen häufig vorkommenden Rechtsverhältnissen entspringenden Forderungen, welche nach bestehender Sitte mit dem Zeitpunkt ihrer Entstehung oder doch bald darauf berichtigt zu werden pflegen und auf welche deshalb die dermalen bei uns geltenden Bestimmungen des römischen Rechts über Klagenverjährung nicht passen", sowie nach der Bemerkung der Regierungs-Motive zu dem erwähnten Gesetzesentwurf (S. 55), wonach „fast bei allen diesen Arten von

Forderungen das Merkmal zutrifft (entweder —) oder 2) daß es von Leistungen sich handelt, welche aus einem fortdauernden Rechtverhältnis entspringen und zu bestimmten Zeiten wiederkehren" — nach diesen, von den übrigen Faktoren der Gesetzgebung nicht widersprochenen, Erläuterungen ist man allerdings zu der Auslegung berechtigt, daß unter „Miet- und Pachtgeldern" nicht bloß der Mietzins im eigentlichen Sinn verstanden sei als das in Geld oder Früchten festgesetzte Entgelt für die Ueberlassung des Gebrauchs des Mietgegenstands, sondern jede aus dem Mietvertrag entspringende Forderung auf solche wiederkehrende Leistungen, welche ihrer Natur nach als Entgelt oder Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung zu betrachten sind, wie z. B. in Stuttgart das für die Benützung der städtischen Wasserleitung an die Stadtgemeinde zunächst vom Eigentümer des betr. Grundstücks zu entrichtende Entgelt (der sog. Wasserzins) vom Mieter oder Pächter des Grundstücks regelmäßig im Sinn eines Teils des von ihm an den Verpächter zu zahlenden Pacht- oder Mietzinses (wobei der Wassergenuß als ein vom Verpächter dem Pächter gewährter Vorteil betrachtet wird) entrichtet zu werden pflegt, auch wo dies in dem Mietvertrag nicht mit ausdrücklichen Worten in dieser Weise bezeichnet ist. Wenn dagegen die Entrichtung einer auf dem Pachtobjekt als Last ruhenden öffentlichen Steuer oder Abgabe vom Pächter im Pachtvertrag auf sich übernommen wird, so erscheint eine ähnliche Auffassung dieser Nebenverpflichtung des Pächters als Teils des Entgelts für die Pachtnutzung — zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber den Beteiligten regelmäßig sehr fern liegend aus dem Grund, weil bei der Steuerforderung als der Forderungsberechtigte nicht der Verpächter, sondern ein Dritter (der Fiskus) sich darstellt, und der Verpächter deshalb nicht leicht die Ansicht und Absicht haben wird, daß durch die Entrichtung der Steuerschuld etwas ihm selber, — und zwar als Gegenleistung für den von ihm eingeräumten Pachtgenuß — zugewendet werde, zumal diese Steuerschuld bekannt-

lich in ihrer Größe jährlich wechselt und erheblichen Schwankungen ihres Betrags ausgesetzt ist. Daß aber im vorliegenden Fall die Beteiligten selbst von einer andern, nämlich von der zuerst erwähnten Auffassung ausgegangen seien, dafür liegt kein Anhaltspunkt vor, vielmehr spricht gegen diese Annahme der Umstand, daß die in Frage stehende Festsetzung des § 8 des Pachtvertrags an einer von der Festsetzung des Pachtschillings weit abliegenden Stelle der Vertragsurkunde und als ein besonderer Paragraph sich ausgesprochen findet.

Auch dann also, wenn man bei dem fragl. § 8 unterstellen wollte, die Parteien seien von der Annahme ausgegangen, daß die Wirtschaftssteuern (oder wenigstens die Gewerbesteuer aus dem Wirtschaftsbetrieb) nach dem Gesetz den Kläger (als den Inhaber der Konzession) treffen, deren Entrichtung also vom Beklagten als eine ihm an sich fremde Schuld übernommen werde, könnte die Verpflichtung zu dieser Leistung im Sinn der Beteiligten nicht als Teil des bedungenen Pachtgelds gelten und deshalb nicht den Bestimmungen der dreijährigen Verjährung unterworfen werden.

Wenn aber bei Vereinbarung des § 8 die Beteiligten von der Ansicht ausgegangen sein sollten, daß „die aus dem Wirtschaftsbetrieb entspringenden Steuern und Abgaben“ von Haus aus dem Pächter der Wirtschaft (und der Wirtschaftsberechtigung) als dem Unternehmer des Wirtschaftsbetriebs schon nach dem Gesetz obliegen, § 8 also keine Ueberwälzung der Steuerverbindlichkeit vom Verpächter auf den Pächter enthalte, sondern nur feststelle, was schon an sich Rechtens sei, so hätte der Pächter jene Steuerverpflichtung wie jede andre auf dem Pachtobjekt ruhende Last als eine selbstverständlich den Pächter treffende Beschwerde anerkannt, und läge in diesem Fall offenbar noch weit weniger Grund für die Annahme vor, daß die Parteien in der Feststellung dieser Steuerentrichtungsverbindlichkeit des Pächters einen Teil des vom Pächter für den Pachtgenuß dem Verpächter bewilligten Entgelts gesehen haben . . . .

II. Beklagter findet einen stillschweigend erklärten „Verzicht" des Klägers — sowohl auf das Verlangen, daß der Beklagte die Wirtschaftsgewerbesteuer an Stelle des Vereins entrichte als auch auf die Forderung des Ersatzes der jeweils vom Verein entrichteten Beträge dieser Steuer — in dem unbestrittenen Umstand, daß während der ganzen fünfzehnjährigen Pachtzeit des Beklagten und auch während derjenigen seiner drei Vorgänger im Pacht für die stets dem Verein angeforderte und von diesem auch anstandslos entrichtete Wirtschaftsgewerbesteuer dem Beklagten — ebenso wie auch seinen Vorgängern — ein Ersatz niemals angesonnen worden ist, sofern, nach Behauptung des Beklagten dies Unterbleiben jeder Anforderung gegenüber der aus dem Wortlaut des Pachtvertrags sich ergebenden Verpflichtung des Beklagten nicht auf Zufall oder Nachlässigkeit des Vereins, seiner Organe und Beamten, sondern auf deren Wissen und Wollen beruht habe, insbesondere auf einem schon während des Pachts des nächsten Vorgängers des Beklagten, vor Georgii 1875, und sodann auf einem während der Pachtzeit des Beklagten in den Jahren 1876 bis 1878 gefaßten hierauf gerichteten Beschlusse des Ausschusses, und daß, von diesen Beschlüssen auch abgesehen, die Mitglieder des Ausschusses es besprochen und diese, sowie auch der Verwalter und der Kassier des Vereins, es gewußt haben, daß die von dem Verein entrichtete Wirtschaftsgewerbesteuer vom Pächter niemals ersetzt verlangt und daß dies aus dem Grund unterlassen worden sei, weil die Wirtschaftskonzession auf den Verein lautete und auf dessen Namen ausgeübt wurde.

Zunächst ist hervorzuheben, daß diese Behauptung des Beklagten nicht dahin geht, daß von jenen Beschlüssen des Ausschusses und von jenen Besprechungen und jenem Wissen der Mitglieder und Beamten desselben dem Beklagten (während seiner Pachtzeit oder später) irgend welche Mitteilung vom Verein oder dessen Organen gemacht oder auch sonst irgend welche Kunde zu Teil geworden sei, und daß schon aus diesem Grunde von einem den Kläger bindenden „Ver-

zicht" auf das ihm aus Punkt 8 des Pachtvertrags zustehende Forderungsrecht weder im Sinn eines Erlaßvertrags noch im Sinn vertragsmäßiger Feststellung, daß unter den in § 8 genannten aus dem Wirtschaftsbetrieb entspringenden Steuern und Abgaben die Gewerbesteuer nicht einbegriffen sei, die Rede sein kann.

Aber auch wenn man jene Thatsachen als schlüssig ansehen wollte dafür, daß der Verein seinerseits bei Eingehung der Pachtverträge des Willens gewesen sei, daß der Beklagte die Gewerbesteuer nicht zu bezahlen habe, würde doch dieser einseitige, für den Beklagten nicht erkennbar hervorgetretene Wille des Klägers diesen letzteren ebensowenig binden, wie eine Aeußerung seiner Ansicht über die Tragweite der Bestimmung des § 8, welche er etwa Dritten gegenüber gethan haben würde.

Darüber aber, wie der Beklagte selber bei Eingehung oder Erneuerung der Pachtbedingungen jene Klausel aufgefaßt habe, daß und aus welchem Grund er der Meinung gewesen sei, daß, wenn er zur Bezahlung „aller aus dem Wirtschaftsbetrieb entspringenden Steuern und Abgaben" sich verpflichtet erkläre, gerade deren hauptsächlichste: die Gewerbesteuer, nicht darunter begriffen sei, hat der Beklagte nichts vorgebracht, und es bedarf keiner weiteren Ausführung, wie die einfache Thatsache, daß ihm die Entrichtung oder der Ersatz jener Steuer während seiner Pachtzeit niemals angefordert wurde, auch ihm selber nicht als schlüssiger Beweis dafür gelten konnte, daß unter „allen aus dem Wirtschaftsbetrieb entspringenden Steuern" die Gewerbesteuer nicht mitverstanden sei oder daß der Verein das nach dieser Klausel an sich ihm zustehende Recht der Forderung des Ersatzes jener Steuer dem Beklagten erlassen (also: schenken) wolle — wie denn der Beklagte einen annehmbaren Bestimmungsgrund für solche Schenkungsabsicht oder einen sonstigen Rechtsgrund für den etwaigen Nachlaß jener Ersatzforderung auch nicht einmal angedeutet hat; im Gegenteil: die wiederholte Erneuerung jener allgemein gehaltenen Klausel in den auf-

einanderfolgenden Pachtverträgen war sehr geeignet, dem Beklagten den Widerspruch dieser Bestimmung mit der vom Verein thatsächlich befolgten Uebung (der Nichteinforderung der Gewerbesteuer) zum Bewußtsein zu bringen, ihm mindestens Zweifel an der Richtigkeit dieser Uebung hervorzurufen und ihn zu veranlassen, hierüber mit dem Verein bezw. mit dessen Beamten sich zu benehmen; warum davon nichts geschehen sei, hat der Beklagte nicht aufgeklärt. —

Immerhin könnte, wofern nur feststünde, daß der Kläger für sich jene Klausel in dem angeführten Sinn aufgefaßt habe, über die Einseitigkeit dieser Vertragsauslegung hinweggesehen, oder vielmehr (in der Erwägung, daß der Beklagte nicht beschwert sei, wenn ihm, was ihm nur zum Vorteil gereiche, unterstellt werde) angenommen werden (was der Beklagte selbst gar nicht behauptet, jedenfalls thatsächlich nicht genügend begründet hat), daß auch der Beklagte bei Unterzeichnung der Pachtverträge von der Ansicht geleitet gewesen sei, daß die Wirtschaftsgewerbesteuer nur den Inhaber der Konzession treffe, also vom Verein zu bezahlen und daß sie deshalb in § 8 nicht mitverstanden sei; allein der Nachweis, daß der klägerische Verein, d. h. seine zuständigen Organe oder Bevollmächtigten, jener Ansicht gewesen sei, ist nicht erbracht und nicht zu erbringen.

Bei Prüfung der Schlüssigkeit der vom Beklagten hiefür angeführten Thatsachen wird die Erwägung von entscheidender Bedeutung, daß es sich handelt um die Ermittelung des Vertragswillens des klagenden Vereins, somit nicht einer Einzel- sondern einer Verbandsperson und zwar einer organisierten Körperschaft, deren Wille (nach § 12 ihrer Verfassung) dargestellt wird durch die in der Versammlung aller ihrer männlichen Mitglieder oder des zu ihrer Vertretung berufenen Ausschusses in den festgesetzten Formen und Voraussetzungen der Abstimmung gefaßten Beschlüsse einer Mehrheit; da in solchem Fall das Wissen und Wollen des einzelnen Mitglieds oder auch einer Mehrzahl solcher für den

Willen des Vereins nur insoweit in Betracht kommt, als es in der verfassungsmäßigen Form zur Bildung des Einheitswillens mitwirkt, d. h. in der Versammlung durch Abstimmung und Beschlußfassung sich bethätigt, außerhalb dieser Bethätigung aber für die Körperschaft ohne Bedeutung ist, so ist klar, daß der Nachweis, es haben einzelne Mitglieder des Ausschusses des klagenden Vereins, oder eine Mehrzahl von solchen, oder auch alle einzelnen Mitglieder als solche, die Ansicht gehabt, daß der Verein den Ersatz der von ihm entrichteten Wirtschaftsgewerbesteuer vom Beklagten zu fordern aus diesem oder jenem Grunde nicht berechtigt sei, oder auch: dieselben haben die Absicht ausgesprochen, daß dieser Ersatz nicht verlangt werden solle, — ein giltiges Zeugnis oder auch nur eine erhebliche Anzeige dafür, daß dies auch die Ansicht und Absicht des Vereins gewesen, nicht zu erbringen vermag, sofern der Schluß: es sei anzunehmen, daß, wenn erweislich die Mehrzahl oder die Summe aller Ausschußmitglieder des angeführten Willens gewesen sei, dann auch im Fall ordnungsmäßig in der Versammlung stattgehabter Beratung und Abstimmung derselben Mitglieder derselbe Wille als giltiger Mehrheitsbeschluß zu Tag getreten sein würde, offensichtlich unhaltbar ist, sofern sich jeder Berechnung entzieht, ob und welche Veränderung der Wille jener einzelnen Mitglieder infolge — sei es der Einwirkung der übrigen Mitglieder sei es der Gemeinsamkeit der Beratung und Abstimmung — erlitten haben würde; und ebensowenig erscheint die Annahme begründet, die Thatsache, daß einzelne oder alle Mitglieder in einer Angelegenheit des Vereins dieselbe Ansicht und Absicht haben, setze notwendig voraus, daß hierüber früher ein giltiger Vereins-Beschluß dieses Inhalts gefaßt worden sei, da auch ohne solchen Beschluß jene Uebereinstimmung des Wissens und Wollens sich zufällig gebildet haben kann.

Die Behauptung des Beklagten also, daß allen früheren und jetzigen Mitgliedern des Ausschusses des klägerischen Vereins wohl bekannt gewesen sei, daß die vom Verein bezahlte

Wirtschaftsgewerbesteuer vom Pächter nie ersetzt verlangt worden ist und daß dies aus dem Grund unterlassen worden sei, weil die Wirtschaftskonzession auf den Verein lautete und die Wirtschaft auf dessen Namen betrieben worden ist, sowie die weitere, unter das Zeugnis des Metzgers P. gestellte Behauptung, daß in einer Ausschußsitzung die von dem Mitglied Sch. aufgeworfene Frage: wie es komme, daß der Verein immer die Gewerbesteuer bezahle? vom Vorstand S. dahin beantwortet worden sei, der Verein zahle die Steuer fort, weil ja die Konzession auf den Verein laute — ist nach dem Ausgeführten unerheblich, weil, wie gezeigt, dieser Umstand den Schluß, daß dies die Ansicht und Absicht des Vereins gewesen sei, nicht gestattet.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Dezember 1896 i. S. Kizenberger gegen Schlachthausverein.

42.

Bezahlung eines Liegenschaftskaufschillings durch Tilgung einer (nicht fälligen) Pfandschuld des Verkäufers?

Auf dem vom Kläger erkauften Anwesen der Beklagten lastete eine mit erstem Pfandrecht gesicherte Forderung von 15900 M. und eine mit zweitem Pfandrecht gesicherte Forderung der Tivolibrauerei in St. mit 10600 M. Nach dem Kaufvertrag sollte der Kaufschilling von 41500 M. bereinigt werden durch Uebernahme der Pfandforderung von 15900 M. und bare Bezahlung von 25600 M., während nach einem früheren, aus formellen Gründen wieder aufgehobenen „Kauf- und Tauschvertrag“ Kläger auch die zweite Pfandschuld hatte übernehmen sollen. Am Schluß der Kaufvertragsurkunde war von deren Verfasser, dem Schultheißen des betreffenden Orts, bemerkt: Dem Käufer sei „bezüglich der Pfandschulden entsprechende Auflage erteilt“ worden. Kläger hat hierauf gegenüber der Tivolibrauerei deren Forderung an die Beklagte übernommen, an Stelle des auf den Namen

der Beklagten für die Tivolibrauerei eingetragenen Pfandrechts, das gelöscht worden ist, ist ein auf den Namen des Klägers lautendes Pfandrecht für eine Forderung der Tivolibrauerei an den Kläger über 10600 M. eingetragen worden und einige Zeit darauf hat diese Brauerei bescheinigt, vom Kläger „als Rückzahlung" 10600 M. erhalten zu haben.

Gegen eine Klage des Klägers auf Bezahlung von 8000 M. hat Beklagte mit einer ihr auf Grund des Kaufvertrags zustehenden Gegenforderung von 10 600 M. aufgerechnet, indem sie geltend machte: ihre Schuld an die Tivolibrauerei sei nicht, jedenfalls nicht mit ihrem Willen, getilgt; Kläger schulde ihr daher auf Grund des Kaufvertrags noch 10600 M. Es wurde nach der Klage erkannt. Aus den

Gründen:

Die Forderung der Tivolibrauerei gegen die beklagte Ehefrau ist erloschen, sei es infolge barer Bezahlung, sei es infolge davon, daß an ihre Stelle eine neue unterpfändlich gesicherte Forderung der Tivolibrauerei gegen den Kläger gesetzt wurde: das erhellt aus der Thatsache, daß das für die Schuld der beklagten Ehefrau bestellte Unterpfand gelöscht worden ist, in Verbindung mit der Quittung der Tivolibrauerei vom 5. Juli 1896.

Es liegt also der Fall vor, daß der Käufer einer mit einem Pfandrecht belasteten Liegenschaft den Pfandgläubiger vollständig befriedigt hat. Durch eine solche Zahlung wird aber nach württ. Recht der Käufer von der Kaufpreisforderung des Hauptschuldners (Verkäufers) befreit[1]). Der Käufer wird — wie es auch im gegenwärtigen Fall geschehen ist — amtlich angewiesen, bei Gefahr doppelter Zahlung nicht an den Verkäufer, sondern an den Pfandgläubiger oder den Pfandkassier zu bezahlen, und dem entsprechend gilt kraft Gesetzes die Zahlung an den Pfandgläubiger als Zahlung an den

---

1) S. Römer, Württ. U.Pf.Recht § 42 S. 187; vergl. auch Volley, Kommentar zum P.G. § 203; Lang, S.R. § 186 III, A und § 189 Note 8.

Verkäufer: Art. 120 Abs. 2 P.G. bestimmt: „Auch werden auf denselben" — den dritten Besitzer des Unterpfands — „wenn nicht die Befriedigung des Gläubigers durch die Bezahlung eines dem Hauptschuldner noch zustehenden Kaufpreises erfolgt — die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner — durch das Gesetz übertragen"; das heißt: wenn der Käufer den Betrag seiner Kaufpreisschuld an einen Pfandgläubiger behufs dessen Befriedigung bezahlt, so gilt dies als Bezahlung der dem Hauptschuldner zustehenden Kaufpreisforderung und eben deshalb geht auf den Käufer nicht die Forderung des befriedigten Pfandgläubigers über, wie dies dann geschieht, wenn ein sonstiger dritter Besitzer, der nicht Schuldner des Hauptschuldners ist, einen Pfandgläubiger befriedigt. Hieran vermag im vorliegenden Fall auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Forderung der Tivolibrauerei an die beklagte Ehefrau zur Zeit ihrer Tilgung noch nicht fällig war: ob die Tivolibrauerei sich die verfrühte Zahlung gefallen lassen mußte, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls war sie nicht gehindert, wie sie gethan, einzuwilligen, daß die Schuld der beklagten Ehefrau getilgt wurde. Ebenso wenig bedarf die Frage einer Erörterung, ob in einem derartigen Fall unter Umständen der Hauptschuldner verlangen kann, daß die noch nicht fällige Pfandforderung nicht getilgt wird: denn die Beklagten haben im gegenwärtigen Fall augenscheinlich kein Interesse daran gehabt, daß die zu $4^1/_2$% verzinsliche Forderung der Tivolibrauerei fortbestand, sie waren von Anfang an nach dem Inhalt des „Kauf- und Tauschvertrags" damit einverstanden, daß Kläger diese Forderung übernehme, und sie haben es als selbstverständlich angesehen, daß Kläger für deren Tilgung sorgte; das ergiebt der Brief des beklagten Ehemanns an den Kläger vom 3. Mai 1896, wo es heißt; „Ich schulde Ihnen — für die Tivolibrauerei 10 600 M."

Urteil des I. Civilsenats vom 22. März 1897 i. S. Geiger gegen Diener.

43.

Haftung eines Stadtbaumeisters gegenüber einem Gemeinschafts-Interessenten der Stadt wegen Mängel eines im Auftrag der Stadt gefertigten Plans?

Der städtischen Hospitalverwaltung in G. lag gemeinsam mit dem Kläger die Erhaltung des Wöhrs in einem Bach ob. In ihrem Auftrag fertigte der Stadtbaumeister, der Beklagte, einen Plan und Kostenvoranschlag in Betreff der Reparatur des schadhaften Wöhrs. Diesen Plan und Voranschlag hat nachträglich Kläger genehmigt, der anfangs seine Pflicht zur Mittragung der Kosten der Reparatur bestritten hatte. Die Reparatur wurde auf Grund des Plans und Voranschlags von einem Unternehmer unter Leitung und Ueberwachung seitens des Beklagten im Akkord ausgeführt. Bald nach Herstellung der Arbeit zeigte sich, daß sie infolge technischer Mängel des Plans und Voranschlags nichts taugte. Kläger hat den ihm infolge der Nutzlosigkeit der Reparatur entstandenen Schaden vom Beklagten ersetzt verlangt. Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Daß ein vertragsmäßiges Verpflichtungsverhältnis unter den Parteien bestanden hätte, kraft dessen der Beklagte dem Kläger die Sorgfalt eines ordentlichen Wasserbautechnikers zu prästieren gehabt hätte, ist nach dem Inhalt der Verhandlungen nicht ersichtlich. Der Kläger kann selbst nicht behaupten, daß Beklagter von ihm einen bezüglichen Auftrag erhalten und angenommen habe; und es ist auch unbestritten, daß Beklagter ein Honorar für alle seine Bemühungen bei der Herstellung des Wöhrs vom Kläger weder verlangt noch erhalten hat. Vielmehr steht fest, daß der Beklagte im Frühjahr 1893 den Auftrag, einen Kostenvoranschlag zur Herstellung des Wöhrs zu fertigen und vorzulegen, lediglich von der städtischen Hospitalverwaltung, welche neben dem Kläger zur Unterhaltung des fraglichen Wöhrs verpflichtet war, erhalten

hat. Diesen Auftrag hat er in seiner Eigenschaft als städtischer Beamter übernommen und in Ausübung seiner Amtspflicht ausgeführt. Daß er bei Fertigung des Voranschlags etwa die Pflicht gehabt hätte, damit zugleich auch die Geschäfte des Klägers — als des an der Wöhr-Unterhaltung Mitbeteiligten — zu führen, ist vom Kläger selbst nicht behauptet und schon deswegen nicht anzunehmen, weil Kläger zu jener Zeit die ihm angesonnene Beteiligung an dem projektierten Wöhrbau zurückgewiesen hatte. Nun macht zwar der Kläger geltend, daß er nachträglich, durch die am 20. Sept. 1893 erfolgte Genehmigung des Voranschlags, auch seinerseits die Dienste des Beklagten in Anspruch genommen habe und daß infolgedessen das Verhältnis ebenso anzusehen sei, wie wenn der Beklagte von Anfang an auch von ihm, dem Kläger, beauftragt gewesen wäre. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Der Kläger hat am 20. Sept. 1893 lediglich der Hospitalverwaltung gegenüber die Erklärung abgegeben, „daß er jetzt mit der Neuherstellung des Wöhrs auf Grund des vom Stadtbauamt ausgearbeiteten Voranschlags und mit der Ausführung der Arbeit durch den Akkordanten einverstanden sei."

Mit dieser Erklärung hat er nur eben seine Beziehungen zu der Hospitalverwaltung geordnet in der Weise, daß er ihr gegenüber als Gemeinschafts-Interessent seine Einwilligung zu dem projektierten Bau für gemeinschaftliche Rechnung und nach Maßgabe des vorliegenden Kostenvoranschlags erklärte. Inwiefern er aber durch diese Verhandlung zu dem Beklagten in ein Vertragsverhältnis getreten sein sollte, ist nicht einzusehen; es handelte sich ja dabei nur um eine Verständigung zwischen den beiden Gemeinschaftsinteressenten über gemeinschaftliche Erfüllung ihrer Unterhaltungspflicht, wobei der von dem Beklagten ausgearbeitete Bauplan dem Kläger gegenüber lediglich als Projekt der Hospitalverwaltung in deren Auftrag er gefertigt worden war, in Betracht kam. Der Beklagte ist also durch dieses unter Dritten gepflogene Abkommen in seiner Rechtsstellung in keiner Weise berührt worden;

er hat damit dem Kläger gegenüber keinerlei Vertragspflichten übernommen; weder hinsichtlich der von ihm schon geleisteten Dienste, die sich auf die Ausfertigung des Plans und Voranschlags beschränkten, noch auch hinsichtlich künftig in Sachen des Wöhrbaus von ihm zu leistenden Dienste, nemlich hinsichtlich der Beaufsichtigung der dem Akkordanten H. übertragenen Ausführungs-Arbeiten. Zwar macht der Kläger in dieser letzteren Beziehung noch geltend, daß infolge seiner Beitrittserklärung vom 20. September nunmehr auch er, der Kläger, selbständiger Bauherr geworden sei; als solcher sei er in den Akkordsbedingungen und in der Meßurkunde behandelt worden, und es sei dieses Verhältnis insbesondere auch darin hervorgetreten, daß die Hospitalverwaltung ohne seine, des Klägers, Einwilligung keinen Schritt in dieser Sache gethan habe. Allein auch angenommen, daß der Kläger in der angegebenen Weise von der Hospitalverwaltung als gleichberechtigter Bauherr angenommen und behandelt worden wäre, so kann dies doch nur für das Verhältnis dieser Beiden zu einander und etwa auch zu dem Akkords-Uebernehmer H. von Bedeutung sein. Daß aber der Kläger hiemit auch zum Prinzipal der mit der Beaufsichtigung dieses Bauwesens betrauten städtischen Beamten und speziell des Beklagteu geworden wäre und infolgedessen, kraft seiner Rechte als Dienstherr oder Auftraggeber, den Beklagten wegen etwaiger Verfehlungen zur Verantwortung ziehen könnte, entbehrt jeder Begründung. Damit stimmt denn auch überein, daß im Vorprozeß der Kläger auf die Einwendung, daß ausschließlich der (jetzige) Beklagte F. für die Fehlerhaftigkeit des Wöhrbaus verantwortlich zu machen sei, selbst erklärt hat: „Dieser komme ihm gegenüber gar nicht in Betracht; er und F. stehen in keinerlei Vertragsverhältnis; F. sei nur Techniker der Hospitalverwaltung, nicht des Klägers, gewesen."

Wollte man übrigens auch annehmen, daß der Kläger, nachdem er infolge seiner Beitrittserklärung vom 20. Sept. auch in den Akkordsvertrag mit H. als gleichberechtigter Bauherr eingetreten sei, nunmehr als solcher auch gegenüber dem

Beklagten, als dem mit der Ueberwachung der Akkords-Ausführung betrauten Organ, Vertragsrechte erworben habe, so würde dies im Ergebnis nichts ändern. Denn daß sich der Beklagte n a c h dem 20. September, bei Leitung und Ueberwachung der Bauarbeiten, noch eines besonderen Fehlers schuldig gemacht habe, ist vom Kläger selbst nicht behauptet. Der Fehler, welcher dem Beklagten zum Vorwurf gemacht wird, besteht nach der eigenen Darstellung des Klägers einzig in der Aufstellung eines angeblich verfehlten und den technischen Regeln widersprechenden Bauplans. Nachdem nun aber einmal dieser Plan von den Beteiligten und insbesondere auch vom Kläger selbst gebilligt und dem Akkordsvertrag mit H. zu Grunde gelegt war, hatte der Beklagte keine andere Wahl und Pflicht, als dafür zu sorgen, daß dieser Plan auch durch den Akkordanten zur Ausführung gebracht werde. Ist der Beklagte dieser Verpflichtung nachgekommen, was der Kläger selbst nicht in Abrede zieht, so erscheint der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens bei Ausübung der Bauleitung als hinfällig. Demgemäß war der aus Verletzung einer V e r t r a g s p f l i c h t abgeleitete Klagegrund als nicht zutreffend zurückzuweisen.

Ebensowenig ist aber auch ein zureichender Grund zur Annahme einer außerkontraktlichen Haftpflicht des Beklagten dem Kläger gegenüber ersichtlich.

Die nächstliegende Frage, wenn es sich um außerkontraktliche Haftung handelt, wäre nach Lage des vorliegenden Falls an sich die: ob nicht der Beklagte, wenn er als städtischer Beamter bei Ausübung amtlich übertragener Funktionen ein von ihm zu vertretendes Versehen begangen hätte, hiewegen nach den Grundsätzen über Haftung w e g e n V e r l e t z u n g d e r A m t s p f l i c h t von jedem Dritten, hiedurch Geschädigten, und so auch vom Kläger, in Anspruch genommen werden könnte. Diese Frage wäre, wenn sie überhaupt vom Kläger aufgeworfen oder angeregt worden wäre, nach den Umständen des vorliegenden Falls zu verneinen. Pflichtwidriges Verhalten eines Beamten berechtigt nicht schlechtweg jeden Dritten,

der hiedurch geschädigt ist, zum Ersatzanspruch gegen den Beamten, sondern nur dann, wenn derselbe eine ihm gegen den Dritten obliegende Amtspflicht verletzt hat[1]). Im vorliegenden Fall aber handelt es sich nicht um eine Amtshandlung, zu deren ordnungsmäßiger Besorgung der Beklagten jedem Dritten gegenüber verpflichtet war, sondern um die seiner internen Amtspflicht gegenüber seiner Dienstbehörde angehörige Funktion der sachverständigen Beratung und Vertretung bei Ausführung eines Werks, das die Stadt bezw. die Hospitalpflege als Korporation in Erfüllung ihrer privatrechtlichen Unterhaltungspflicht zu besorgen hatte. Es hat denn auch der Kläger selbst diesen Klagegrund nicht geltend gemacht, sondern ausgeführt: der Beklagte habe durch Aufstellung des Kostenvoranschlags eine falsche Zusicherung gegeben, die ihn, da sie auf Grund besonderer Sachkunde und in amtlicher Eigenschaft erteilt sei, nach den Grundsätzen über die Haftung des mensor auch außerkontraktlich haftbar mache.

Die Zulässigkeit der römischrechtlichen Klage gegen den mensor ist zwar auch im bestehenden Recht anerkannt; und es wird diese Klage heutzutage überhaupt gegen alle solche Personen gegeben, die ihre Dienste dem Publikum zur Erlangung sachverständiger Auskunft anbieten, namentlich gegen solche, welche[2]) auf Grund staatlicher Konzession, Approbation oder Anstellung dem Publikum ihre Dienste anbieten. Will man nun diese Klage nicht auf den Fall falscher Berechnung von Maßen und Zahlen beschränken, sondern auch auf Fälle falscher Auskunftserteilung über die Beschaffenheit oder Preis einer Sache bezw. über die mutmaßlichen Kosten eines Werkes ausdehnen, so ist doch immer vorausgesetzt, daß sie sich gegen eine Person richtet, die sich öffentlich dem Publikum gegenüber besondere Sachkunde für Begutachtung und Auskunftserteilung in bestimmter Richtung beilegt und zu berufsmäßiger Besorgung dieser Geschäfte dem Publikum ihre Dienste anbietet. Bei dem Beklagten, der nur im Auftrag seiner Dienst-

1) Vergl. § 839 des bürgerl. Gesetzb.

2) Wie Windscheid, Pand. B. II § 470 bei Note 5 sagt.

behörde solche Berechnungen und Pläne anfertigt, jedenfalls im vorliegenden Fall angefertigt hat, trifft diese Voraussetzung nicht zu. Hienach kann dahin gestellt bleiben, ob die weitere Voraussetzung dieser Klage (arglistiges oder grobschuldhaftes Verhalten des Beklagten) im vorliegenden Fall in schlüssiger Weise behauptet oder erweislich gemacht ist, da nach dem Ausgeführten der geltend gemachte Klagegrund keinenfalls als zutreffend anzuerkennen wäre.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. März 1898 i. S. Bäuerle gegen Franz.

44.

Testamentsauslegung; sind unter „sämtlichen Enkeln" (oder Kindern) auch die nachgeborenen mitbegriffen?

Der Erblasser hatte in seinem Testament bestimmt, daß die Mutter der Parteien verpflichtet sei, ihren Erbteil „an ihre sämtlichen Kinder", die Enkel des Erblassers, herauszugeben. Die Beklagte wurde erst nach vollzogener Teilung geboren. Der Antrag des Klägers, ihres Bruders, festzustellen, daß der noch pflegschaftlich verwaltete Teil der Erbschaft ihm und nicht der Beklagten zustehe, ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Die ganz allgemeine Ausdrucksweise des Testaments läßt keinen Raum für eine Unterscheidung, wie sie der vorige Richter statuieren will. Indem ausdrücklich angeordnet wird, daß die „sämtlichen Kinder" zur Teilnahme an dem Vermächtnis berufen sein sollen, folgt hieraus von selbst, daß alle diejenigen, die überhaupt zur Descendenz der eingesetzten Erbin gehören, bedacht sein sollen. Einen Unterschied zwischen den nachgeborenen und den schon lebenden Kindern (bezw. Enkeln) kennt das Testament nicht.

Innere Gründe, welche zu einer einschränkenden Auslegung dieser Verfügung führen könnten, sind nicht ersichtlich. Der Vorrichter führt zwar aus, es sei nicht anzunehmen, daß

der Erblasser seine Fürsorge auf Enkel habe erstrecken wollen, die ihm noch gar nicht bekannt, und deren Existenz und Zahl noch völlig ungewiß war. Wäre diese Erwägung zutreffend, so müßte sie folgerichtig zum Ausschluß aller Enkel, die nicht schon bei der Testamentserrichtung am Leben waren, führen; eine Konsequenz, die der Kläger selbst nicht gezogen wissen will. Umgekehrt läge es vielmehr, wenn es überhaupt bei der Auslegung auf solche mutmaßlich zu Grunde liegenden Motive und Rücksichten ankäme, entschieden näher, zu sagen, daß nicht einzusehen sei, warum der Großvater seine Fürsorge ausschließlich auf die bei der Testamentserrichtung vorhandenen und die bis zu seiner Todeszeit noch nachkommenden Enkel habe beschränken und die nach seinem Ableben zur Welt kommenden Enkel, die ihm verwandtschaftlich doch ebenso nahe stehen mußten, gänzlich habe ausschließen wollen.

Von größerer Bedeutung ist nun allerdings der weitere Angriff des Klägers, der auf die testamentarischen Bestimmungen über Anfall und Ausfolge des fraglichen Vermächtnisses gegründet wird. Indessen sind auch diese Bestimmungen nicht unvereinbar mit der Annahme, daß der Erblasser auch die nachgeborenen Enkel berücksichtigt wissen wollte. Es ist verfügt, daß das Vermächtnis sofort bei der Erbteilung an die Enkel herauszugeben sei, diesen mit Nutzen und Eigentum anfallen und während ihrer Minderjährigkeit pflegschaftlich verwaltet werden solle. Damit ist nun zwar gegeben, daß der vermachte Vermögensteil alsbald mit der Erbschaftsteilung in das Vermögen der Enkel — und zwar selbstverständlich nur der damals schon am Leben befindlichen Enkel — übergehen sollte und übergegangen ist. Offensichtlich wollte aber damit nicht etwa der Kreis der zur Teilname an dem Vermächtnis berufenen Personen endgültig und ausschließlich abgegrenzt und abgeschlossen werden; vielmehr richtet sich die Spitze dieser Bestimmung nur gegen die Mutter, bezw. Eltern, denen der Erblasser durch diese Anordnung die ihnen sonst regelmäßig zustehende Nutzung und Verwaltung

an dem ihren Kindern anfallenden Vermögen entzogen wissen wollte. Hienach kann die erwähnte Bestimmung ungezwungen auch dahin verstanden werden, daß der den Enkeln zugewendete Nachlaßteil jeder Verfügung der Mutter entzogen und zu diesem Zweck sofort bei der Erbschaftsteilung zu Gunsten der Enkel in pflegschaftliche Verwaltung zu nehmen sei, daß aber aus diesem Pflegschaftsvermögen im Falle des späteren Nachkommens von weiteren Enkeln diesen die auf sie entfallende Quote auszumitteln und zuzuweisen sei. Rechtlich betrachtet ist dies dahin zu verstehen, daß das — zunächst allerdings nur dem Kläger und der älteren Schwester angefallene — Vermächtnis mit einer fideikommissarischen Auflage zu Gunsten etwaiger nachkommender Geschwister beschwert ist. Die rechtliche Möglichkeit eines solchen Verhältnisses ist außer Zweifel [1]). Daß diesem Verhältnis in der letztwilligen Verfügung kein entsprechender Ausdruck gegeben ist, ist ohne Belang, da es für Dispositionen dieser Art genügt, wenn der bezügliche Wille des Erblassers aus seinen übrigen Anordnungen und aus den Umständen, unter denen sie getroffen sind, mit Sicherheit erkennbar ist, was hier nach dem Ausgeführten zutrifft [2]).

Urteil des I. Civilsenats vom 5. November 1897 in Sachen Miller gegen Miller.

45.

„Offenkundige Benutzung" im Sinn des § 1 Abs. 2 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes vom 1. Juni 1891.

Mit einem von 3. Mai 1892 datierten Schriftsatz hat Beklagter die Eintragung eines von ihm als „Sport-Suspensor" bezeichneten Modells in die Gebrauchsmusterrolle beantragt, die denn auch unter Nr. 4980 erfolgt ist; als Tag der Anmeldung ist in dem Eintrag der 7. Mai 1892 bezeichnet; die — verlängerte — Schutzfrist läuft bis 8. Mai

1) Windscheid, Pand. III § 637.
2) Württ. Archiv B. 19 S. 319.

1898. Schon am 31. Dezember 1891 hatte Beklagter für den Sportsuspensor Patentschutz nachgesucht; eine Bekanntmachung der Anmeldung ist jedoch nicht erfolgt; Beklagter hat (nachdem durch Beschluß des Patentamts vom 9. zug. 26. April sein Patentgesuch zurückgewiesen worden war) am 3./6. Mai 1892 dasselbe zurückgenommen.

Kläger hat zur Begründung seines Antrags auf Löschung dieses Gebrauchsmusters geltend gemacht, es sei deshalb nicht schutzberechtigt, weil es zur Zeit seiner Anmeldung im Inland offenkundig benutzt worden sei.

In dieser Beziehung war außer Streit, daß Beklagter schon einige Zeit vor der Anmeldung vom 3./7. Mai 1892 — wie er behauptete: seit Mitte April 1892 — eine Anzahl (Beklagter behauptete: vier oder fünf Stück) Sportsuspensoren, die nach dem zum Eintrag in die Gebrauchsmusterrolle gebrachten Muster gefertigt waren, an Kunden (nämlich an Wiederverkäufer) versandt hat, die diese Sportsuspensoren zu verkaufen berechtigt waren, und daß ein Angestellter des Klägers am 23. (oder 27.) April 1892 einen solchen Sportsuspensor in dem Sanitätsbazar von P. in Frankfurt a./M. käuflich erworben hat. Beklagter wollte in dieser Versendung einiger weniger Exemplare des Musters vor dessen Anmeldung keine „offenkundige Benutzung" des Musters gefunden wissen, zumal es sich um einen Massenartikel gehandelt habe; er hat ferner in erster Instanz geltend gemacht eine offenkundige Benutzung im Sinne des Gebrauchsmustergesetzes sei schon deshalb nicht vorgelegen, weil zur Zeit der fraglichen Versendungen für den Sportsuspensor der Patentschutz thatsächlich bestanden habe.

Die Klage ist für begründet erachtet worden aus folgenden

Gründen:

In Betreff des Gebrauchsmusters Nr. 4980 ergibt sich aus den nunmehr unbestrittenen Thatsachen, daß das in Rede stehende Modell zur Zeit seiner Anmeldung nicht mehr neu, vielmehr bereits im Inland offenkundig benutzt war. Daß unter der „Benutzung" auch das In-Verkehr-Bringen und

Feilhalten mitverstanden ist, unterliegt keinem Zweifel. „Offenkundig" ist eine Benutzung, wenn sie derart erfolgt, daß die Möglichkeit des allgemeinen Bekanntwerdens gegeben ist. Wenn daher Beklagter, wie er zugiebt, mehrere Exemplare — sollten es auch nur 4 oder 5 gewesen sein — des Sportsuspensors so lange Zeit vor dessen Anmeldung zum Musterschutz an Wiederverkäufer mit dem Recht des Wiederverkaufs gesandt hat, daß Kläger schon 10 oder 14 Tage vor jener Anmeldung den Sportsuspensor käuflich in einem Sanitätsbazar erwerben konnte, so lag zweifellos am 7. Mai 1892 bereits eine offenkundige Benutzung des Sportsuspensors vor, denn die Wiederverkäufer waren — wie unbedenklich unterstellt werden darf — sachverständig genug, um die Eigentümlichkeiten des neuen Modells zu erkennen; sie und sachverständige Käufer von der Art des Klägers waren in der Lage, die Nachbildung des Modells vorzunehmen oder zu veranlassen; es war somit einer unbestimmten Anzahl von Personen, insbesondere auch von Sachverständigen, die Möglichkeit gegeben, von dem Muster und dessen Eigentümlichkeiten vor der Anmeldung Kenntnis zu erlangen und es nachzubilden, nachdem es in solcher Weise — wie Beklagter selbst in dem Brief vom 19. August 1896 schreibt — „in den Handel gebracht" war. Ob der Sportsuspensor ein „Massenartikel" ist, kann dahingestellt bleiben: es mag sein, daß bei Massenartikeln eine offenkundige Benutzung dann noch nicht vorliegt, wenn nur einige wenige Stücke an nicht sachverständige Abnehmer zum persönlichen Gebrauch verkauft sind; anders aber verhält es sich auch bei Massenartikeln, wenn auch nur wenige Stücke so lang vor der Anmeldung an sachverständige Wiederverkäufer mit dem Recht des Wiederverkaufs abgegeben worden sind, daß diese Abnehmer und beliebige Dritte, denen die Wiederverkäufer die Ware etwa vorzeigen, vor der Anmeldung genaue Kenntnis des Musters erlangen können. Ein Patentschutz hat für den Sportsuspensor nie bestanden, weil die Anmeldung zur Patentierung nicht bekannt gemacht worden ist (§ 23 des Patentgesetzes

vom 7. April 1891). Die Offenkundigkeit der Benutzung eines Musters würde übrigens dadurch nicht ausgeschlossen, daß es unter vorläufigem Schutz stand, dessen Wirkungen nachträglich als nicht eingetreten gelten. Daß in der Anmeldung zur Patentierung zugleich eine Anmeldung zum Gebrauchsmusterschutz liege, hat Beklagter (mit Recht) nicht behauptet.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. November 1887 i. S. Schwarz gegen Teufel.

46.

Anfechtbarkeit der zahlungshalber erfolgten Hingabe nicht acceptierter vom Gemeinschuldner ausgestellter Wechsel aus § 23 Ziff. 2 K.O.?

Die am 19. Dezember 1895 in Konkurs geratene Firma A. St. schuldete dem Beklagten seit Juli 1895 aus Darlehen 1500 Mk. Am 12. Dezember 1895 übersandte sie ihm „als Gegenwert" für dieses Darlehen unter anderem sechs Wechsel; hievon war einer ein eigentrassierter Wechsel eines L. F. in K., fünf weitere waren von der Firma A. St. auf Kunden gezogene, ein weiteres Giro als das der Firma A. St. nicht tragende, in der Zeit vom Januar bis April 1896 im Ausland zahlbare Wechsel. Beklagter hat kein Accept der Bezogenen eingeholt, aber bei Verfall die Wechselsumme bezahlt erhalten. Der Konkursverwalter hat mit der am 18. Dezember 1896 erhobenen Klage auf Grund des § 23² K.O. die Hingabe der Wechsel angefochten und Bezahlung der vom Beklagten erhaltenen Wechselsummen verlangt. Beklagter hat bestritten, daß die Voraussetzungen des § 23² K.O. vorliegen. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt. Aus den

Gründen:

Was die Frage anbelangt, ob hinsichtlich der Hingabe dieser sechs Wechsel die Voraussetzungen einer Anfechtung aus § 23² K.O. vorliegen, so steht zunächst fest, daß die Ueber-

sendung der Wechsel an den Beklagten innerhalb der letzten zehn Tage vor der Konkurseröffnung geschehen ist. Außer Frage ist ferner, daß diese „als Gegenwart des im Sommer (1895) gegebenen Darlehens von 1500 Mk.“ erfolgte Uebersendung eine „Rechtshandlung“ darstellt. Aus dem Zeugnis des in erster Instanz vernommenen A. D. erhellt sodann, daß Beklagter auf Befriedigung oder Sicherung mittels Begebung von Wechseln an ihn keinen Anspruch gehabt hat. Fraglich kann nur sein, ob die Hingabe von Wechseln der in Rede stehenden Art überhaupt dem Beklagten eine „Befriedigung“ oder „Sicherung“ gewährt hat, und auch dies ist zweifellos der Fall in Betreff des von F. in K. ausgestellten Wechsels, durch dessen Girirung an den Beklagten letzterer einen wechselrechtlichen Anspruch gegen den Aussteller F. erlangt hat.

Was nun aber die fünf andern, von der Firma A. St. gezogenen Wechsel anlangt, so ist zunächst davon auszugehen, daß Beklagter sie zahlungshalber erhalten hat, denn die Vermutung spricht gegen eine Hingabe an Zahlungsstatt. Allerdings ist nun durch diese Rechtshandlung die Forderung der Firma A. St. gegen die Bezogenen nicht auf den Beklagten übergegangen, er hat keinen Anspruch auf Bezahlung der Wechselsumme gegen die Bezogenen erlangt, der Konkursmasse ist durch die Wechselbegebung kein Bestandteil entzogen und sie ist dadurch nicht belastet worden, daß dem Beklagten nunmehr neben seiner Darlehensforderung eine Wechselregreßforderung gegen die Firma zustand, da Beklagter nur die eine oder die andere dieser Forderungen, nicht beide zugleich, gegen die Firma geltend machen konnte. Die Thatsache ferner, daß Beklagter auf Grund der Wechsel nachträglich Zahlung von den Bezogenen erhalten hat, vermag die Anfechtbarkeit der in Rede stehenden Rechtshandlung, der Hingabe der Wechsel, nicht zu begründen. Auf der andern Seite steht fest, daß Beklagter durch die Wechselbegebung die Möglichkeit erhalten hat, von den Bezogenen Acceptierung und Einlösung der Wechsel zu erlangen, sofern

die Firma A. St. durch die Wechselziehung die Bezogenen angewiesen hat, an den Beklagten zu zahlen, was sie der Firma schuldeten, und zu erwarten war, daß die Bezogenen dieser Anweisung Folge leisten werden. Durch die Wechselbegebung ist also Beklagter in Betreff der Aussicht auf Befriedigung seiner Darlehensforderung in eine günstigere Lage versetzt worden als er zuvor war, die Hingabe der Wechsel an den Beklagten ist daher als Gewährung einer Sicherung (im weiteren Sinn) aufzufassen, auf die — wie oben bemerkt — Beklagter kein Recht hatte und der eine entsprechende Gefährdung der Konkursmasse in Folge der Möglichkeit gegenüberstand, daß Beklagter von den Bezogenen Einlösung der Wechsel erlangte. Hienach sind hinsichtlich der in Frage stehenden Rechtshandlung die Voraussetzungen einer Anfechtung aus § 23 [2] K.O. gegeben, soweit deren Nachweis der Klägerin obliegt. Wäre eine derartige Rechtshandlung der Anfechtung entzogen, so wäre entgegen der klar zu Tage liegenden Tendenz der Konkursordnung einem Gemeinschuldner die Möglichkeit gegeben, einzelne Gläubiger dadurch zu begünstigen, daß er unmittelbar vor Konkursausbruch über seine Ausstände Wechsel zieht und an jene Gläubiger begiebt, die dann sofort das Accept der Bezogenen einholen können.

Der Konkursverwalter mag allerdings in der Lage gewesen sein, durch entsprechende Mitteilung an die Bezogenen die in den Wechseln enthaltene Anweisung zur Zahlung an den Beklagten zu widerrufen; aber wenn er dies nicht gethan hat, so hat er eben von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, die der Konkursmasse aus der anfechtbaren Rechtshandlung drohenden Nachteile auf diesem Weg abzuwenden (was ihn unter Umständen den Konkursgläubigern gegenüber haftbar machen konnte), aber die in Rede stehende Rechtshandlung hat dadurch den Charakter der Anfechtbarkeit nicht verloren, das Recht zu deren Anfechtung ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie durch anderweites Vorgehen des Konkursverwalters hätte überflüssig gemacht werden können. In gleicher Weise ist gegenüber der vom Beklagten betonten Mög-

lichkeit, daß Klägerin von den Bezogenen noch immer Zahlung dessen, was sie der Firma A. St. geschuldet, verlangen könne, weil (insbesondere nach § 7 K.O.) die Wechselzahlung an ihn diese Schuldner der Konkursmasse gegenüber nicht befreit habe, darauf hinzuweisen, daß diese Möglichkeit der Wechselbegebung den Charakter der Anfechtbarkeit nicht zu benehmen und das Anfechtungsrecht nicht auszuschließen vermag: dem Konkursverwalter stehen zwei Wege offen, um die nachteiligen Folgen der anfechtbaren Rechtshandlung gegenüber der Konkursmasse zu beseitigen, die Anfechtungsklage gegen den Beklagten und die Klage aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft gegen die Schuldner der Firma, und es ist sehr begreiflich, daß er den ersteren Weg gewählt hat und nicht den letzteren, der mutmaßlich zu Prozessen mit ungewissem Ausgang und zum Teil im Ausland (Niederlande und Italien) geführt hätte.

Teilurteil des I. Civilsenats vom 7. Januar 1898 in Sachen Vendele gegen Storz'sche Konkursmasse.

47.

1. **Rechtsgeschäft im Sinn des § 23 Ziff. 1 oder Befriedigungshandlung im Sinn des § 23 Ziff. 2 K.O.?**
2. **Anwendung des § 433 C.P.O., wenn sich herausstellt, daß der Schiedseid einer Person als gesetzlichem Vertreter einer Partei auferlegt ist, die zur Zeit des in Frage stehenden Vorgangs nicht gesetzlicher Vertreter war.**

Der Gemeinschuldner A. K., welcher am 10. November 1894 in Konkurs kam, hatte bei der beklagten Handwerkerbank einen laufenden Kredit bis zur Höhe von 5000 Mk. (und bis zu 80% seiner Stammeinlage), für welchen ein Bruder und zwei Schwäger des K. sich als Bürgen solidarisch verbindlich gemacht hatten. In dem Kreditvertrag vom 17. Oktober 1887 ist gesagt, daß die gegenseitige Abrechnung nach den üblichen Rechnungsgrundsätzen am Schlusse eines jeden Kalen-

dersemesters stattfinde und die Heimzahlung der Kreditsumme 1/4 Jahr nach erfolgter gegenseitiger Kündigung erfolge.

K. hatte seit Jahren den Kredit erschöpft und keinen Umsatz mehr mit der Bank gemacht, so daß sich der Saldo der Bank nur noch durch Zinsen und Provisionen erhöhte. Auf Anforderung der Beklagten vom 29. März 1894, die damalige Kreditüberschreitung zu decken, hat K. am 6. April 1894 teils bar teils durch eine Rimesse 450 Mk. bezahlt. Nach dem Saldovortrag vom 30. Juni 1894 war er der Beklagten 6956 Mk. 20 Pf. schuldig.

Am 8. und 12. Oktober 1894 machte K. an die Bank zwei Anschaffungen von je 1000 Mk. und zwar am 8. Oktober durch Begebung eines auf den Gerber Ph. H. gezogenen und von diesem acceptierten Wechsels über 1000 Mk. (fällig und eingelöst am 1. Januar 1895), am 12. Oktober durch Barzahlung von 1000 Mk. In dem Konkurs des K. hat die Beklagte nach Abzug des Guthabens des K. auf Stammanteile in Höhe von 1914 M. 09 Pf. noch ein Saldoguthaben von 3170 M. 90 Pf. pro 10. November 1894 angemeldet.

Der Konkursverwalter ficht jene beiden Leistungen von je 1000 M. u. a. auf Grund des § 23 Ziff. 1 und 2 an mit der Behauptung, daß K. schon im September 1894 seine Zahlungen eingestellt und die zwei Zahlungen in Voraussicht des unausbleiblichen Konkurses lediglich zur Entlastung seiner als Bürgen haftenden Verwandten gemacht habe, während er seine übrigen Gläubiger hinauszuziehen gewußt habe. Die Beklagte habe diese Verhältnisse und damit die Zahlungseinstellung und die Benachteiligungsabsicht des K. gekannt, übrigens müsse die Beklagte ihre Unkenntnis hievon beweisen, da sie auf die beiden Leistungen, welche als Befriedigungen anzusehen seien, und jedenfalls auf die Zahlung mittels Wechsels nach Inhalt des Kreditvertrags keinen Anspruch gehabt habe.

Das Berufungsgericht hat auf einen Eid der beiden Vorstandsmitglieder der Beklagten, E. G. und Kassier Z. dahin

erkannt: „Es ist nicht wahr, daß ich bei der Begebung der Wechselrimesse über 1000 M. seitens des Gemeinschuldners K. am 8. Oktober 1894 und bei der Zahlung desselben von 1000 M. am 12. Oktober 1894 von der schlechten Vermögenslage des K. und von dem Nichtzahlen andrängender Gläubiger seitens desselben Kenntnis gehabt habe." In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt, daß zur Begründung der Klage aus § 24 Ziff. 1 K.O. der auferlegte Eid notwendig (und zulässig) sei; weiter heißt es: „Die Klägerin behauptet zwar, daß es sich bei den zwei angefochtenen Leistungen um Befriedigungen im Sinne des Gesetzes und zwar um solche Befriedigungen, welche vor der Zeit und in einer von der Beklagten nicht zu beanspruchenden Weise geschehen seien, handle, so daß nach § 23 Ziff. 2 die Beklagte den Beweis ihrer Unkenntnis von der Zahlungseinstellung zu führen hat. Ob jedoch die Leistungen des K. mit Rücksicht auf die Natur des unterliegenden Krediteröffnungsvertrags, nach welchem die Leistungen des kreditnehmenden Kunden an den kreditgebenden Bankier als Rückgewährungen des eingeräumten Kredits sich darstellen, als Zahlungen eines Schuldners und somit als Befriedigungsakte anzusehen sind[1]), oder ob nicht vielmehr im Hinblick auf die statutenmäßig festgesetzte und thatsächlich geübte Geschäftsbehandlung, die Behandlung jeder einzelnen Leistung als einer verzinslichen Kreditgewährung, die Verzinsung des Saldos, die periodischen Rechnungsabschlüsse und das Aufgehen der einzelnen Leistungen in den sich hiebei ergebenden Saldo ein wirkliches Kontokorrentverhältnis anzunehmen ist und daher auch die beiden Leistungen des K. als Belastungen der Bank, als Kreditposten und als mit der Bank geschlossene Kreditgeschäfte aufzufassen sind[2])

1) S. Grünhut in Endemann's Handb. III § 434 S. 930 f. Greber, das Kontokorrentverhältnis (1893) S. 50 ff.

2) S. Juristische Wochenschrift 1892 S. 374 nr. 18. Staub, Com. z. H.G.B. 3. Aufl. art. 291 §§ 2 ff. Gareis, Handelsrecht § 73 Ziff. 7. Cohn in Endemann's Handbuch III S. 1016.

kann wiederum dahingestellt bleiben. Denn würde auch der ersten Ansicht der Vorzug zu geben sein, so würde jedenfalls, wie sofort nachzuweisen ist, eine die Beklagte objektiv begünstigende Befriedigung im Sinne des § 23 Ziff. 2 nicht vorliegen und daher nur § 23 Ziff. 1 Satz 2 zutreffen. Dann aber ist die Anfechtungsklägerin in keiner günstigeren Lage, als wenn nach der zweiten Ansicht mit der Bank geschlossene Kreditgeschäfte anzunehmen sind, durch deren Eingehung der künftigen Konkursmasse die der Bank geleisteten Vermögenswerte ohne für die Konkursgläubiger gleichwertigen Ersatz entzogen und daher die Konkursgläubiger benachteiligt wurden, und alsdann der § 23 Ziff. 1 Satz 1 Anwendung finden würde. In beiden Fällen müßte die Klägerin den Nachweis führen, daß die Vertreter der Bank zur Zeit der fraglichen Leistungen die Zahlungseinstellung des K. gekannt haben.

Der erste Richter nimmt nun zwar in Unterstellung von Befriedigungsakten eine vorzeitige Befriedigung an, da nach Inhalt des Kreditvertrags die Beklagte erst nach vorgängiger $^1/_4$jährlicher Kündigung die Heimzahlung ihrer Kreditsumme, besonders soweit dieselbe die limitierte Höhe nicht überschreite (was hier bei Beachtung der 80% der Stammeinlage nicht der Fall war), habe beanspruchen können, eine solche Kündigung aber nicht vorausgegangen sei. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Es handelt sich nicht um die Heimzahlung der Kreditsumme, das ist um die Heimzahlung der Summe, welche bei der Saldoziehung nach Aufhören des Kreditverkehrs und nach Aufkündigung des Kredits sich ergibt. Sondern das Kreditverhältnis hat zur Zeit der Zahlungen fortgedauert, die Zahlungen geschahen innerhalb des laufenden Kredits und entsprachen der Bestimmung des Kreditvertrags, daß der vereinbarte Kredit mehrfach umgesetzt werden solle, was nur dadurch geschehen kann, daß der Kunde seinerseits Anschaffungen macht, um dann wieder den Kredit der Bank bis zum Limitum benützen zu können. Eine Zahlung vor der Zeit der Fälligkeit liegt hienach nicht vor, sondern die Leistungen entsprechen den Vertragsbedingungen. Darum

kann auch nicht von einer „inkongruenten" Zahlung, von einer objektiven Begünstigung des Gläubigers gesprochen werden. Für diese objektive Natur der Leistung ist es auch unerheblich, daß der Umsatz bei der Bank sonst ein geringer war und daß der Gemeinschuldner von der Absicht geleitet war, den eingeräumten Kredit dauernd zu mindern und insoweit die Bürgen zu befreien. Auch der Umstand, daß die Bank die Leistungen (weil keine Kreditüberschreitung vorlag) nicht hätte erzwingen, ohne vorherige Aufkündigung des Kredits nicht darauf hätte klagen können, macht die Zahlung (von der Wechselrimesse zunächst abgesehen) noch nicht zu einer solchen, welche die Bank nicht beanspruchen durfte; vielmehr kam der Gemeinschuldner durch die Zahlung in vertragsmäßiger Weise einer durch den Kreditvertrag übernommenen Verpflichtung nach. Ebensowenig kann die Begebung der Wechselrimesse als eine objektive Begünstigung, als eine unzulässige Hingabe an Zahlungsstatt angesehen werden. Mag dies auch bei einer Heimzahlung der Kreditsumme, welche die Beklagte nur in bar verlangen kann, trotzdem solche Wechselzahlungen im Verkehr mit den Banken üblich sind, anzunehmen sein[1]), so ist auch hier zu beachten, daß die Wechselbegebung innerhalb des bestehenden Kreditverhältnisses geschah. Diesem Verhältnis entspricht es aber (mag es ein echtes Kontokorrentverhältnis sein oder nicht), daß nicht nur die kreditgebende Bank diesen Kredit in jeder verkehrsüblichen Form, namentlich auch durch Honorierung von Wechseln gewährt, sondern auch der Kunde seine Anschaffungen in den seinen Geschäftsbedürfnissen und dem Bankverkehr entsprechenden Arten, also auch durch Wechselbegebungen macht, wie dies auch nach dem vorliegenden Kontokorrentbüchlein seitens K., solange er überhaupt Anschaffungen machte, vielfach geschehen ist. Sollte daher auch die Leistung des K.

1) Commentar zur K.O. von Wilmowski (5. Aufl.) § 23 Note 8; Petersen und Kleinfeller 2. Aufl. S. 120; Sarwey-Bossert S. 245; Seuffert's Archiv 38 nr. 197; andrerseits Kohler, Konkursrecht S. 246 Note 1.

als ein Befriedigungsakt anzusehen sein, so ist doch solche Befriedigung durch Wechselrimessen innerhalb eines Kreditverkehrs nicht als eine objektive Begünstigung und als eine vertragswidrige Deckung aufzufassen. Der § 23 Ziff. 2 K.O. trifft daher keinenfalls zu.

Hat aber hienach die Klägerin die Kenntnis der Vertreter der Beklagten von der Zahlungs e i n s t e l l u n g nachzuweisen, so ist hiezu zum Mindesten der Nachweis erforderlich, daß diese Vertreter zur Zeit der beiden Leistungen die schlechte Vermögenslage und Nichtzahlen der andrängenden Gläubiger, also die Thatsache gekannt haben, deren Unkenntnis die beiden Vorstandsmitglieder schon in dem hinsichtlich der Kenntnis der Benachteiligungsabsicht zugeschobenen und auferlegten Eide zu beschwören haben. Denn ohne jene Kenntnis wären, da hier eben nur in dem Nichtmehrzahlen der mahnenden Gläubiger seitens des überschuldeten und zahlungsunfähigen Gemeinschuldners eine Zahlungseinstellung gefunden werden könnte, die Vertreter der Beklagten keinenfalls in der Lage gewesen, eine solche Zahlungs e i n s t e l l u n g zu erkennen. Es ist daher nicht zu prüfen, ob schon bei jener Kenntnis die Vertreter der Beklagten ohne Weiteres auch die Zahlungs u n f ä h i g k e i t als Grund des Nichtmehrzahlens der Gläubiger ersehen mußten oder ob nicht ein noch weiter gehender Eid auferlegt werden müßte.

Die eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden; in den Gründen des Revisionsurteils ist u. A. gesagt:

„Es kann aber dem Berufungsgericht darin nicht beigetreten werden, daß, falls Befriedigungshandlungen des Gemeinschuldners in seinen Leistungen vom 8. u. 12. Oktober 1894 zu finden wären, die Beklagte diese nach Zeit und Art anzusprechen gehabt hätte, denn die Beklagte hatte keinen Anspruch, zu solcher Zeit befriedigt zu werden, da das Kreditverhältnis nicht gekündigt war, und nicht in solcher Art, weil sie Befriedigung durch Wechsel nicht verlangen konnte. Die in Frage stehenden Leistungen des Gemeinschuldners sind indessen nach Lage der Sache überhaupt nicht Befriedigungs-

handlungen, sondern Rechtsgeschäfte im Sinne des § 23 Nr. 1 Satz 1 der K.O.

Nach dem vorgelegten Kreditvertrag und der Instruktion welche auf denselben vertragsmäßig Anwendung findet, ist die Absicht der Kontrahenten nicht auf ein einfaches Kreditverhältnis d. h. auf successive Gewährung von Darlehen und Rückzahlung derselben nach vorgängiger Kündigung gerichtet gewesen, sondern wie der Kreditvertrag ausdrücklich besagt, auf ein Kreditverhältnis in laufender Rechnung d. h. auf gegenseitige Kreditgewährung. Es ergiebt sich dies insbesondere daraus, daß der Gemeinschuldner zu einem bestimmten Umsatz verpflichtet und dabei gleichgültig war, ob er oder die Beklagte in Vorschuß kam, sowie daß auch soweit der Gemeinschuldner in Vorschuß kam, dessen Guthaben verzinst werden mußte (§ 16 Abs. 1 der Instruktion). Nicht minder spricht dafür, daß nicht ausschließlich, insbesondere auf Seiten des Gemeinschuldners, Barleistungen vorgesehen waren, vielmehr auch Wechselgeschäfte (Diskontierungen, An- und Verkauf von Wechseln 2c.) innerhalb des Kreditverhältnisses bewirkt werden sollten, endlich daß der Gemeinschuldner mit jeder Leistung seinerseits innerhalb des Kreditrahmens die Beklagte, insolange der Vertrag nicht gekündigt war, zur Gewährung neuen Kredits verpflichtete. Jede Leistung des Gemeinschuldners bildete hienach zugleich eine Belastung der Beklagten."

Vor der Eidesleistung stellte sich nun heraus, daß Kassier Z. erst am 20. Februar 1895 zum Kassier und Vorstandsmitglied gewählt worden ist; er hat sich zur Leistung des Eides in der Form eines Ueberzeugungseides bereit erklärt, Klägerin gegen jede Aenderung der Eidesauflage Widerspruch erhoben, die Frage aber, ob sie etwa anderweitigen Beweis antreten wolle, verneint.

Nunmehr wurde erkannt, daß das Vorstandsmitglied E. G. allein den auferlegten Eid zu leisten habe.

Gründe:

Nach den Erklärungen der Parteien und dem vorgeleg-

ten Auszug aus dem Genossenschaftsregister des K. Amtsgerichts U. steht fest, daß der Kaufmann Z., welchem — neben dem Direktor E. G. — der Eid auferlegt ist, zu der Zeit, da der Gemeinschuldner K. die angefochtenen Rechtshandlungen, Wechselbegebung und Zahlung an die Beklagten vorgenommen hat — im Oktober 1894 — gar nicht (wie bei dem Erlaß des Urteils vom 30. Oktober 1896 vorausgesetzt wurde) Kassier und Vorstandsmitglied der Beklagten gewesen ist. Bei dieser Sachlage steht der dem Z. auferlegte Eid mit den Bestimmungen der Civilprozeßordnung (§ 436) nicht im Einklang. Der Genannte als nunmehriger gesetzlicher Vertreter der Klägerin könnte den Eid über die Kenntnis oder Unkenntnis der früheren Vertreter der Klägerin von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners bezw. von den eine solche Absicht erweisenden konkreten Thatsachen nicht als eigene Wahrnehmung sondern nur in der Form eines Ueberzeugungseides leisten. Da aber der Eid die eigenen Handlungen bezw. Wahrnehmungen des anderen gesetzlichen Vertreters der Klägerin, des Direktors G. (und des früheren zweiten Vertreters Kassier W.) betrifft, so wäre dieser Eid nach § 436 Abs. 2 der C.P.O. von Z. nicht zu leisten[1]).

Der Eid, zu dessen Leistung Z. sich mit der Modifikation, daß er nicht Vorstandsmitglied gewesen, bereit erklärt, hätte einen materiellen Beweiswert nicht. Die Wissenschaft, welche derselbe etwa als Privatperson, oder auch während seiner Mitgliedschaft bei der Beklagten von den fraglichen Verhältnissen gehabt hat, wäre für die Anfechtung jener Rechtshandlungen gleichgültig, erheblich ist nur seine Kenntnis als Vorstandsmitglied. Aber derselbe könnte den Eid, so wie er auferlegt ist, auch nur dem äußeren Wortlaut, nicht dem wirklichen Sinne nach leisten. Einen solchen Eid durfte das Gericht — unerachtet der Rechtskraft des bedingten Urteils — nicht abnehmen[2]).

---

1) Gaupp, C.P.O. § 436 2. Aufl. S. 804. III.

2) Vgl. auch v. Wilmowsky-Levy § 436 S. 701 Note 1 und analog Seuffert's Archiv 46 nr. 231.

Es erhob sich nun die Frage, in welcher Weise der Konflikt der nunmehr festgestellten Sachlage mit dem einmal rechtskräftig ergangenen Urteil prozessualisch zu lösen sei. Da dieses Urteil die Eidesfolgen von der Eidesleistung durch beide Vorstandsmitglieder abhängig gemacht hat und die Klägerin der Einschränkung auf den Eid des Direktors G. widerspricht, so mußte man Bedenken tragen, ohne Weiteres dem letzteren allein den Eid abzunehmen und sofort das Urteil zu purifizieren. Dagegen stund nichts im Wege, wie in dem ähnlichen Falle wenn der Schwurpflichtige in Wahrheit gar nicht Partei- bezw. gesetzlicher Vertreter ist[1]), die Bestimmungen des § 433 der C.P.O. (in Verbindung hier mit § 436 Satz 2 der C.P.O.) entsprechend zur Anwendung zu bringen. Die Analogie von § 433 Abs. 1 C.P.O. würde dazu führen, daß die Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung, worauf sich die Verhandlung zu beschränken hatte[2]), alle Rechte ausüben konnten, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustunden. Aber dieser Rechtszuständigkeit ist vorliegend volles Genüge geschehen. Die Klägerin, welcher hiezu Gelegenheit gegeben war, hat einen anderweitigen Beweis nicht angeboten. Das frühere Vorstandsmitglied (Kassier W.) ist bereits als Zeuge eidlich vernommen worden; ein Parteieid könnte demselben nicht auferlegt werden, nachdem er aufgehört hat, Vertreter der Beklagten zu sein.

Aus diesen Gründen und in Gemäßheit des § 433 Abs. 3 der C.P.O. ist unter Aufhebung des bedingten Urteils auf den nunmehr allein von dem Vorstandsmitglied Direktor G. zu leistenden Eid erkannt worden, von dessen Leistung oder Nichtleistung die ausgesprochenen Eidesfolgen abhängen.

Urteile des I. Civilsenats vom 30. Oktober 1896 und 13. Juli 1897 und des Reichsgerichts vom 30. April 1897 in Sachen der Handwerkerbank Urach gegen Kleih'sche Konkursmasse.

1) cf. Seuffert, Archiv 45 nr. 228.

2) cf. Entsch. des Reichsger. Bd. XIII nr. 101 S. 379 und Seuffert's Archiv Bd. 46 nr. 232.

48.

Bedeutung eines Beschlusses, wodurch eine Forderung gepfändet wird; wird der Drittschuldner unter allen Umständen befreit, wenn er an den Pfändungsgläubiger bezahlt?

Die Klägerin hat seit dem Jahre 1884, bis sie am 5. Februar 1897 die weiblichen Freiheiten angerufen hat, mit ihrem Ehemanne in der Errungenschaftsgemeinschaft des württembergischen Landrechts gelebt. Ihr in die Ehe gebrachtes Beibringen betrug 10 766 Mk. 50 Pfg., hiefür ist unter dem 20. Januar 1896 von dem Ehemann Sicherheit dadurch bestellt worden, daß der Klägerin auf einem, während der Ehe erkauften Hause für den Betrag des Beibringens Unterpfand mit II. Recht bestellt wurde.

Im Oktober 1896 hat der Ehemann der Klägerin dieses Haus an den Beklagten um 9550 Mark verkauft. Beklagter hatte von dem restlichen Kaufschilling nebst Zinsen mit 9536 Mark 82 Pfennig an den I. Unterpfandsgläubiger 4380 Mark 88 Pfennig zu bezahlen und es wurde weiter hiebei vereinbart, daß der Rest des Kaufschillings zur Abschlagszahlung auf die mit II. Recht versicherte Beibringensforderung der Klägerin verwendet werden sollte. Demgemäß wurde auch in der Kaufschillingsverweisung vom 31. Okt. 1896 Beklagter auf die Klägerin als II. Unterpfandsgläubigerin verwiesen mit dem Betrag von 5107 Mark 98 Pfennig.

Es schuldete nun aber der Ehemann der Klägerin laut vollstreckbarer Urteile dem Bierbrauer Cl. in N. 2243 Mark 45 Pfennig und dieser beabsichtigte daher, die für die Klägerin erfolgte Pfandbestellung anzufechten, erwirkte auch vorläufige Arrestpfändung der Forderung der Klägerin an den Beklagten, welche indessen auf Antrag des Cl. am 11. Dezember 1896 wieder aufgehoben wurde.

An demselben Tage erwirkte Cl. wegen der vorgenannten Ansprüche einen Pfändungsbeschluß des K. Amtsgerichts N.

dahin: „Wegen dieses Anspruchs und der Kosten wird die angebliche Forderung des Schuldners“ (des Ehemanns der Klägerin) „als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seiner Ehefrau an den Maurermeister Sp. in N.“ (Beklagten) „aus Kauf in Höhe der obigen Beträge gepfändet und dem Gläubiger zum Einzug überwiesen.“ Dieser Beschluß ist am 12. Dezember dem Beklagten sowie dem klägerischen Ehemann zugestellt worden und auf Anweisung des Beklagten, mit welchem Bierbrauer Cl. Rücksprache genommen hatte, hat die Handwerkerbank N., bei welcher das Geld deponiert war, am 12. Dezember (oder, wie Klägerin behauptet, schon vor der Zustellung, am 11. Dezember) den gepfändeten Betrag an 2c. Cl. bezahlt. Klägerin erhielt nur den Restbetrag von 2839 Mark 63 Pfennig.

Ihre Mehrforderung mit 2268 Mark 35 Pfennig forderte nunmehr die Klägerin von dem Beklagten als ihrem Schuldner, nachdem sie am 5. Februar 1897 die weiblichen Freiheiten angerufen hatte. Beklagter behauptete, durch die Zahlung an Cl. die klägerische Forderung getilgt zu haben und bestritt die Aktivlegitimation der Klägerin.

Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat dem Klagantrag entsprochen.

Gründe:

I. Klägerin ist zur Prozeßführung in Betreff der in Rede stehenden, nach ihrer Darstellung zu ihrem Sondergut gehörigen Forderung gesetzlich befugt, wenn das dem Güterstand der Errungenschaft entsprechende Verwaltungsrecht des Ehemannes an ihrem Vermögen zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr bestanden hat. Das ist der Fall, wenn die Klägerin mit Grund die weiblichen Freiheiten am 5. Februar 1897 angerufen hat; zu dieser Anrufung war sie berechtigt, wenn eine (nicht ganz unbeträchtliche) eheliche Einbuße vorlag, d. h. wenn das Aktivvermögen zur Deckung der ehelichen Schulden und der beiderseitigen Sondergutsforderungen nicht hinreichte. Daß dies in der That der Fall war, muß schon jetzt als dargethan gelten. (Dies wird näher dar-

gelegt; sodann fahren die Gründe fort:)

II. Daß die der Klägerin zugewiesene Forderung von 5107 Mark an den Beklagten zum Sondergut der Klägerin gehört, hat Beklagter in erster Instanz nicht bestritten und zieht er nunmehr mit Unrecht in Abrede. Wenn und soweit nicht schon kraft Gesetzes der Erlös von 5107 Mark 98 Pfennig aus der der Klägerin für ihre Beibringensforderung zu Unterpfand bestellten Liegenschaft Sondergut der Klägerin geworden ist, ist er dies jedenfalls dadurch geworden, daß nach dem unbestrittenen Parteivorbringen erster Instanz „vereinbart" d. h. zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann eine Einigung dahin getroffen worden ist, daß dieser Theil der Kaufpreisforderung „zur Abschlagszahlung auf die mit zweitem Recht versicherte" (Beibringens-) „Forderung der Klägerin verwendet werden sollte". Eine derartige Vereinbarung der Eheleute dahin, daß ein gewisser Vermögensteil als Sondergut des einen Ehegatten zu gelten habe, ist zulässig und vorliegenden Falls von keiner Seite angefochten (seitens des Beklagten wohl überhaupt nicht anfechtbar). Bei dieser Sachlage kann auch dahingestellt bleiben, ob das an den Beklagten verkaufte Anwesen zur Errungenschaft gehört hat oder nicht, und welcher Betrag des Erlöses ersteren Falls der Klägerin kraft ihres Unterpfandsrechts als Deckung für ihre Beibringensforderung zugewiesen werden konnte.

III. Die Sondergutsforderung der Klägerin, die hienach unzweifelhaft vorliegt, konnte nicht zu Gunsten eines Gläubigers ihres Ehemannes, auf Grund eines lediglich auf den Namen des Ehemanns lautenden Vollstreckungstitels gepfändet werden. Denn das Sondergut der Ehefrau bei der Errungenschaftsgemeinschaft des württembergischen Rechts ist ausschließlich ihr Vermögen und bildet nicht wie ihre Errungenschaftshälfte mit dem Vermögen des Ehemanns eine äußerlich ungezweite Vermögensmasse in der Hand des Mannes. Der Ehemann kann allerdings kraft seines Verwaltungsrechts über das zum Sondergut der Ehefrau ge-

hörige bewegliche Vermögen und ihre Sondergutsforderungen verfügen, aber nicht als über eigenes Vermögen, sondern als über fremdes, Namens (wenn auch ohne Zustimmung) der Ehefrau. Dieses Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Ehemanns ist ein höchst persönliches Recht, von dem zu Gunsten seiner Gläubiger Gebrauch zu machen er nicht verpflichtet ist und das als höchst persönliches Recht der Pfändung nicht unterliegt. Daß aber die C.P.O., soweit sie die Zwangsvollstreckung in Forderungen behandelt, sich nur auf Forderungen des Schuldners (nicht solche seiner Ehefrau u. s. w.) bezieht, ist selbstverständlich, wie auch unter der „Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen" die Pfändung solcher Sachen des Schuldners gemeint ist.

IV. Indem das Amtsgericht N. „die angebliche Forderung des Schuldners", des Ehemannes der Klägerin, „als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seiner Ehefrau" gegen den Beklagten zu Gunsten des Gläubigers Cl. des Ehemannes gepfändet und dem Cl. zur Einziehung überwiesen hat, hat es — wie der Wortlaut des Beschlusses zeigt — nicht die Forderung der Klägerin gegen den Beklagten gepfändet, Beklagter konnte den Pfändungsbeschluß auch nicht in diesem Sinn auffassen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob Beklagter von seiner Schuld gegen die Klägerin befreit wäre, wenn das Amtsgericht (unzulässiger Weise) deren Forderung zu gunsten eines Gläubigers ihres Ehemannes gepfändet und dem Gläubiger zum Einzug überwiesen hätte[1]) oder wenn Beklagter wenigstens der Meinung hätte sein können, die Forderung der Klägerin an ihn sei gepfändet und überwiesen. Durch den amtsgerichtlichen Beschluß ist vielmehr offensichtlich eine angebliche Forderung des Ehemannes der Klägerin an den Beklagten — eine „Geldforderung" (§ 730 C.P.O.) — desselben gepfändet und überwiesen worden. Eine solche Forderung hat aber, wie unter Ziffer III ausgeführt worden ist, nicht

1) Vgl. hiezu jetzt § 836 Abs. 2 der neuen C.P.O. — Anm. d. Red.

bestanden; auch als „gesetzlichem Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau" stand dem Ehemann diese Forderung, wie gezeigt, nicht gegen den Beklagten zu; trotz dieser Eigenschaft des Ehemanns war und blieb die Forderung eine solche der Klägerin und ihr Ehemann hatte nur das (höchst persönliche) Recht, in ihrem Namen über die Forderung zu verfügen. Auch der Vormund ist „gesetzlicher Verwalter" des Vermögens seines Mündels, er ist berechtigt, in dessen Namen dessen Forderungen einzuziehen[1]), aber man kann deshalb doch nicht die Forderungen des Mündels als solche des Vormundes „als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seines Mündels" bezeichnen. Dem Pfändungsbeschluß des Amtsgerichts liegt somit eine ganz unklare rechtliche Anschauung zu Grund; es hat eine „angebliche Forderung des Schuldners" (als Vermögensverwalters seiner Ehefrau) gepfändet, in Wirklichkeit hat aber eine solche Forderung nicht bestanden.

V. Der Drittschuldner, dem ein Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß zugestellt wird, ist keineswegs verpflichtet und seinem Gläubiger gegenüber berechtigt, ohne weiteres an den Pfändungs- und Ueberweisungsgläubiger zu bezahlen. Er kann dies vielmehr ohne Gefahr nur thun, wenn er sicher ist, daß sein Gläubiger der Schuldner des Pfändungsgläubigers ist; ist aber in dem Pfändungsbeschluß eine Person als sein Gläubiger bezeichnet, die dies in Wirklichkeit nicht ist, so darf er an den Pfändungsgläubiger (mit Wirkung gegenüber seinem Gläubiger) so wenig zahlen als an den, dem ein anderer als sein (des Drittschuldners) Gläubiger die dem letztern zustehende Forderung abgetreten hat. Der amtsgerichtliche Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß entscheidet nicht, daß die in ihm bezeichnete Forderung dem Schuldner des Pfändungsgläubigers zustehe, und weist den Drittschuldner nicht unbedingt an, den gepfändeten Betrag an den Pfändungsgläubiger zu zahlen;

1) S. Lang, Württ. Pers.Recht 2. Aufl. § 101 B. II, 2, d S. 623—24.

der Beschluß gibt vielmehr nur die Behauptung des Pfändungsgläubigers wieder, daß seinem Schuldner die und die Forderung gegen den Drittschuldner zustehe, und trifft seine Anordnung nur unter der Voraussetzung, für den Fall, daß die Behauptungen des Pfändungsgläubigers zutreffend sind. Ob dies der Fall ist, hat der Drittschuldner auf eigene Gefahr zu prüfen; unter Umständen wird er sich durch gerichtliche Hinterlegung der Schuldsumme der Gefahr entziehen können, an die unrichtige Person zu zahlen. Wenn ein Gericht „die angebliche Forderung des A gegen X pfändet, während die Forderung dem B zusteht, oder „die angebliche Forderung des Ehemannes N gegen X", während sie der Ehefrau zusteht, oder „die angebliche Forderung des N als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seines Mündels", so wird der Drittschuldner X durch Zahlung an den Gläubiger des A, des Ehemannes, des Vormunds seinem Gläubiger gegenüber nicht befreit; er weiß, daß er Schuldner des B, der Ehefrau, des Mündels ist, und muß wissen, daß er demgemäß nicht an Gläubiger anderer in den Beschluß des Amtsgerichts als seine „angeblichen" Gläubiger bezeichneten Personen zahlen darf: eine irrige Auffassung des Drittschuldners über Sinn und Tragweite des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses kann den wirklichen Gläubiger des Drittschuldners nicht seines Forderungsrechts verlustig machen.

Auch im gegenwärtigen Fall liegt die Sache nicht anders: die „angebliche" Forderung des Ernst W. als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seiner Ehefrau gegen den Beklagten hat — wie angeführt — in Wirklichkeit nicht bestanden; wenn Beklagter trotzdem ohne weiteres übereilt an den Pfändungsgläubiger bezahlt hat, so ist dadurch Klägerin so wenig ihrer Forderung gegen den Beklagten verlustig geworden als dies bei dem Mündel der Fall wäre, dessen Schuldner die Schuld an den Pfändungsgläubiger des Vormundes „als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seines Mündels" bezahlen würde. Daß der Drittschuldner

in derartigen Fällen in schwierige Lagen kommen kann, läßt sich nicht verkennen; es kann dies aber in gleicher Weise infolge von angeblichen mehrfachen Abtretungen der gegen ihn bestehenden Forderungen und dergl. geschehen, und ein Rechtssatz des Inhalts besteht nicht, daß ein Schuldner, der in gutem Glauben einem angeblichen Rechtsnachfolger seines Gläubigers zahlt, dadurch dem letzteren gegenüber befreit ist. Ob etwa Beklagter das, was er der Klägerin zu zahlen verurteilt wird, von Cl. — als irrtümlich bezahlte Nichtschuld — zurückfordern kann, ist im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zu untersuchen. Ob Beklagter einer unbedingten Anordnung des Amtsgerichts, an Cl. 2268 Mark zu zahlen, ohne Gefahr hätte Folge leisten können, auch wenn diese Anordnung eine gesetzwidrige war, kann unerörtert bleiben; denn der amtsgerichtliche Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß hat dadurch, daß er von der „angeblichen Forderung des Schuldners als u. s. w." sprach, deutlich die Prüfung, ob eine solche Forderung bestehe, dem Beklagten zugeschoben. Der Beklagte hat durchaus unvorsichtig und übereilt gehandelt, indem er am Tag der Zustellung des Pfändungsbeschlusses (wenn nicht schon Tags zuvor) die 2268 Mark an Cl. bezahlt hat, ohne zuvor bei der Klägerin oder dem Amtsgericht sich über das von ihm zu beobachtende Verhalten zu erkundigen. Sofern Beklagter aus dem amtsgerichtlichen Beschluß die Meinung des Amtsgerichts entnehmen mochte, die Forderung der Klägerin sei zufolge des Verwaltungsrechts ihres Ehemannes eine Forderung dieses letztern, kann ihn doch die Zahlung an den Rechtsnachfolger eines vermeintlichen Gläubigers in diesem Fall so wenig als sonst gegenüber dem wirklichen Gläubiger befreien.

VI. Man könnte daran denken, den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß dahin zu verstehen: gepfändet und überwiesen werde das (angebliche) Recht des Schuldners Ernst W. als gesetzlichen Verwalters des Vermögens seiner Ehefrau, in deren Namen die ihr (angeblich) gegen den Be-

klagten zustehende Forderung in Höhe von 2268 Mark einzuziehen. Diesfalls läge nicht die Pfändung einer Geldforderung vor (§ 730 C.P.O.), sondern die eines „andern Vermögensrechts" (§ 754 C.P.O.). Aber diese Auslegung des amtsgerichtlichen Beschlusses ist abzulehnen: denn er bezweckt und enthält unzweideutig die Pfändung und Ueberweisung einer Geldforderung und man kann nicht etwa sagen, es liege nur ein Vergreifen im Ausdruck vor, die Absicht des Amtsgerichts sei unverkennbar auf eine Verfügung gemäß § 754 C.P.O. gegangen. Vielmehr ist durchaus zweifelhaft, ob das Amtsgericht an die Möglichkeit gedacht hat, daß es sich um einen Fall des § 754 C.P.O. handeln könne, und ob das Amtsgericht, wenn es diese Möglichkeit ins Auge gefaßt hätte, den in Rede stehenden Pfändungsbeschluß erlassen, unzulässiger Weise ein höchst persönliches Recht gepfändet und überwiesen hätte, ob ihm nicht diesfalls doch Bedenken über die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens gekommen wären, — während es in Wirklichkeit anscheinend der Meinung war, es handle sich um den gewöhnlichen Fall der Pfändung und Ueberweisung einer Geldforderung, und demgemäß ohne Bedenken den beantragten Beschluß erlassen und damit allerdings eine nicht bestehende Forderung gepfändet hat. Hienach kann dahingestellt bleiben, wie die Lage des Beklagten dann wäre, wenn das Amtsgericht (unzulässiger Weise) das Recht des Ernst W. auf Einziehung der seiner Ehefrau gegen den Beklagten zustehenden Forderung gepfändet und überwiesen hätte. Daß Beklagter den Beschluß in diesem Sinn verstanden habe, ist nicht behauptet und bei einem Wirt und Steinhauermeister nicht anzunehmen.

VII. Nach dem Bisherigen ist Beklagter durch die Zahlung der 2268 Mark an Cl. als an den Gläubiger des verwaltungsberechtigten Ehemannes der Klägerin dieser gegenüber von seiner Schuld nicht befreit. Darauf kommt nichts an, ob die Schuld des Ernst W. an Cl. eine Sozialschuld war; denn jedenfalls war und ist Klägerin zur Zah-

lung der Hälfte dieser Schuld nicht verurtheilt und es ist durchaus ungewiß, ob Cl. sie wegen dieser Schuldhälfte in Anspruch nehmen und welche Einwendungen sie einer Klage des Cl. entgegensetzen konnte. Auf Grund eines nicht gegen sie lautenden Vollstreckungstitels durfte ihr Schuldner ohne ihre Zustimmung einen angeblichen Gläubiger von ihr nicht bezahlen. Die Berechtigung ihres Ehemanns, behufs Bezahlung einer Sozialschuld über ihre Forderungen zu verfügen, kommt nicht in Betracht, denn es kann nicht behauptet werden, daß ihr Ehemann eine derartige Verfügung getroffen hat.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Juli 1897 i. S. Würich gegen Spohn.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden; in den Gründen des Revisionsurteils ist u. a. gesagt: „Wenn die Revision geltend macht, daß die Klägerin gegenüber dem gerichtlichen Pfändungsbeschluß ihr Recht nur im Wege der Klage gemäß § 690 Civilprozeßordnung oder der Beschwerde im Sinne des § 685 das. habe verfolgen können, so kann dies als zutreffend nicht erachtet werden. Der Eigentümer einer gepfändeten Sache oder der Forderungsberechtigte aus einer unrichtig bezeichneten und so gepfändeten Forderung ist nicht auf diese Rechtsbehelfe beschränkt. Dieselben betreffen nur das Verhältnis des Widerspruchsberechtigten zum Pfändungsgläubiger, das Verhältnis desselben zu seinem Schuldner oder einem Dritten wird hierdurch nicht berührt. Es kann die civilrechtliche Klage gegen den Schuldner oder den Dritten mit der Widerspruchsklage gehäuft werden, sie kann aber ebenso auch neben oder ohne diese und die Beschwerde selbständig verfolgt werden". (Hiezu mag bemerkt werden, daß im vorliegenden Fall der Beklagte durch die übereilte Zahlung an Cl. es der Klägerin unmöglich gemacht hat, gegen Cl. die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. zu erheben.)

49.

Ist ein Arrestbefehl wegen veränderter Umstände auf-

zuheben, wenn seine Vollziehung wegen Fristablaufs nicht mehr möglich ist?

Aus den den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Beklagter macht zur Begründung zuvörderst geltend, daß, nachdem der Kläger durch Unterlassung der Vollziehung des Arrests sich des Anspruchs aus dem Arrestbefehl begeben habe, ohne Weiteres dem Berufungsantrag in der Hauptsache zu entsprechen und der Arrestbefehl schon wegen veränderter Umstände aufzuheben sei; insbesondere sei in Ansehung des Kostenpunkts Kläger nunmehr geradeso zu behandeln, wie wenn er seine Klage zurückgenommen bezw. auf seinen Anspruch ausdrücklich verzichtet hätte, und schon von diesem Gesichtspunkt aus in alle Kosten zu verurteilen.

Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Eine Zurücknahme der Klage oder ein Verzicht auf den Anspruch ist vom Kläger nirgends erklärt worden und kann aus der Thatsache, daß der Arrest nicht vollzogen wurde, nicht gefolgert werden; vielmehr liegt es viel näher, die Nichtvollziehung des Arrests darauf zurückzuführen, daß, wie Kläger behauptet, ihm die Ausfertigung des Urteils zu spät erteilt wurde.

Was aber die Aufhebung des Arrests wegen veränderter Umstände betrifft, so hat sich die Prüfung des Berufungsgerichts zwar nicht darauf zu beschränken, ob der Arrest nach der zur Zeit seiner Anordnung gegebenen Sachlage gerechtfertigt war, sondern es ist die Sachlage zur Zeit des nun zu fällenden Urteils maßgebend [1]). Auch können vor rechtskräftiger Bestätigung des Arrests veränderte Umstände, welche nach § 807 der C.P.O. zu dem Antrag auf Aufhebung des Arrestes berechtigen, in dem über die Rechtmäßigkeit des Arrestes anhängigen Prozeßverfahren geltend gemacht wor-

1) S. Entsch. des Reichsger. B. 5 S. 364; B. 24 S. 372 und B. 27 S. 426.

den[1]). Eine andere Frage ist aber die, ob[2]) die Unmöglichkeit der Vollziehung des Arrests wegen Ablaufs der Frist des § 809 der C.P.O. zu jenem Antrage berechtige. Diese Frage ist zu verneinen. Der § 807 der C.P.O. gehört zu den das Verfahren über die Anordnung des Arrests regelnden Bestimmungen (§§ 796—708); hievon streng geschieden finden sich in den §§ 808—813 die Vorschriften über die Vollziehung des Arrests. Bei der Anordnung des Arrests und in dem gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, zugelassenen Widerspruchsverfahren handelt es sich um die Rechtfertigung des Arrestes, also um die Entscheidung darüber, ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht seien, und so führt auch § 807 der C.P.O. als Beispiele der zum Antrag auf Aufhebung des Arrests berechtigenden Umstände die Erledigung des Arrestgrundes oder das Erbieten zur Sicherheitsleistung auf. Dagegen setzt die Vollziehung des Arrestes dessen Anordnung voraus; letztere soll nach § 807 dann aufgehoben werden, wenn der Arrest wegen veränderter Umstände aufgehört hat, gerechtfertigt zu sein; die Unmöglichkeit der Vollziehung des Arrests ist aber kein Umstand, der auf die Frage von dessen Rechtmäßigkeit einen Einfluß zu äußern vermöchte.

Urteil des II. Civilsenats vom 7. Oktober 1897 i. S. Dangel g. Nathan.

50.

Grundsätze hinsichtlich Festsetzung der Kosten eines handelsgerichtlichen Verfahrens betreffend Feststellung von Mängeln einer Ware (Art. 348 H.G.B.).

Die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines oberlandesgerichtlichen Beschlusses sagen hierüber:

1) S. Gaupp zu § 807 Z. I, Struckmann-Koch Note 1 Abs. 2 zu § 807 und Seuffert Note 2 Abs. 2 zu § 807.

2) Wie allerdings von Gaupp Note 13 zu § 809 und Struckmann-Koch Note 5 zu § 809 angenommen wird.

Gegenstand der Beschwerde ist die Dekretur der Kosten des Verfahrens behufs Feststellung des Zustandes der beanstandeten Waren, welches in Gemäßheit des Art. 348 Abs. 2—4 H.G.B. auf Antrag des Beklagten vor dem K. Amtsgericht stattgefunden hat. Nach Vereinbarung der Parteien sollen die Kosten dieses Verfahrens einen Teil der Kosten des bei der Kammer für Handelssachen anhängig gewesenen Rechtsstreits bilden und durch Urteil des genannten Gerichts vom 18. Januar 1897 ist die Erstattungspflicht des Beklagten bezüglich jener Kosten noch ausdrücklich ausgesprochen.

Hinsichtlich der Anrechnung von Gebühren und Auslagen im Einzelnen finden auf die Kosten eines Verfahrens nach Art. 348 des H.G.B. die Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Verbindung mit § 87 der R.C.P.O. wenn nicht — zufolge der Vorschrift in § 13 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. — unmittelbare so doch jedenfalls entsprechende Anwendung[1]).

Nach § 22 der R.A.G.O. hat der Anwalt in dem Verfahren zu Sicherung des Beweises die Prozeßgebühr zu $^{5}/_{10}$ und für die Vertretung bei der Beweisaufnahme die Beweisgebühr gemäß § 13 Nr. 4 der Geb.O. zu beanspruchen. Wie aber einerseits der § 22, so müssen andererseits auch die Bestimmungen in § 29 Nr. 3, § 30 Nr. 1 der Rechtsanwalts-Gebührenordnung auf das fragliche Verfahren entsprechende Anwendung finden. Denn wenn zwar dieses Verfahren an sich ein selbständiges und außerprozessuales ist, so hatte es doch vorliegend im Verhältnis zu dem Rechtsstreit der Parteien sachlich die gleiche Bedeutung wie ein formell entsprechend den §§ 447 ff. der C.P.O. erwirktes prozessuales Beweissicherungsverfahren. Bei einem Verfahren im letzteren Sinn aber kommen nach §§ 29. 30 cit. der R.A.G.O. die Gebühren des Anwalts nur dann besonders in Ansatz, wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist,

1) Vgl. R.A.G.O. § 1. § 89. Willenbücher, das Kostenfestsetzungsverfahren ad § 89 S. 191 Note 2 (l). Derselbe S. 25, 26.

während entgegengesetzten Falles das Beweisverfahren zur Instanz gehört [1]).

Vorliegend war die Hauptsache, da die Klage am 17. Oktober 1896 dem Beklagten zugestellt worden ist, bereits anhängig als — am gleichen Tag — vom Beklagten bei dem Amtsgericht Ludwigsburg der Antrag auf Expertise gestellt wurde, wie dies auch in dem bezüglichen Schriftsatz des R.A. F. bemerkt ist. Die Klägerin hat unterm 27. Oktober 1896 den Rechtsanwälten L. und K. Vollmacht zur Vertretung in jenem Verfahren ausgestellt. Demzufolge können die klägerischen Prozeßbevollmächtigten, welche in dem Hauptprozeß die volle Prozeßgebühr mit 36 M. erhalten, dem Kläger gegenüber nicht noch eine besondere Prozeßgebühr für das Beweissicherungsverfahren in Ansatz bringen, wornach die hiefür berechneten —⁝· 18 M. in Wegfall kommen.

Dagegen kommt denselben, da im Hauptprozeß eine Beweisgebühr nicht erfallen ist, für die Expertise die Beweisgebühr aus § 22 G.O. für Rechtsanwälte zu.

Beschluß des I. Civilsenats vom 10. Juni 1897 i. S. Köhler g. Gastpar.

51.

Steht dem Anwalt für Wahrnehmung des Termins zur Leistung des Offenbarungseids eine Gebühr aus § 23 Ziff. 2 der R.A.G.O. zu?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Die Beschwerde der Beklagten richtet sich dagegen, daß die Klägerin in ihrem Verzeichnis der ihr von der Beklagten zu erstattenden Kosten den Betrag von 7,20 M. als „Gebühr für Wahrnehmung des Termins zur Leistung des Offen-

1) Vgl. Willenbücher, § 22 S. 130. Walter, Geb.O. für Rechtsanwälte, 3. Aufl. S. 274 II. Entsch. des Reichsgerichts Bd. XIII nr. 79 S. 326.

barungseides" durch ihren Anwalt gemäß § 23 Z. 2 G.O. f. R.A. in Ansatz gebracht und die Civilkammer in ihrem Kostenfestsetzungs-Beschlusse den bezeichneten Posten genehmigt hat. Die Beschwerde erscheint begründet.

Die Klägerin hat die genannte Gebühr auf Grund des § 23 Nr. 2 G.O. f. R.A. also als Kosten der Zwangsvollstreckung beansprucht.

Nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 7. Mai d. J., wodurch die Beklagte zur Leistung des civilrechtlichen Offenbarungseides kostenfällig verurtheilt wurde, hat die Klägerin die Beklagte zur Eidesleistung in den vor der Civilkammer anberaumten Termin geladen und die Beklagte in diesem Termin den Eid in Anwesenheit des klägerischen Anwalts geleistet. Hiernach ist es zur Zwangsvollstreckung, d. h. zur Anwendung staatlichen Zwanges, um der Klägerin das ihr im Urteil Zuerkannte zu verschaffen, oder auch nur zur Vorbereitung derselben, zu einem Antrag auf Zwangsvollstreckung, gar nicht gekommen. Eine unter §§ 774. 776 C.P.O. fallende Handlung ist weder erfolgt noch angeregt worden. Da die von der Beklagten geschuldete Leistung nur vor dem Prozeßgericht möglich war, erscheint die Ladung der Beklagten zur Eidesleistung lediglich als eine Mahnung seitens der Klägerin, und hierauf hat die Beklagte freiwillig den geschuldeten Eid geleistet. Erst im Fall seiner Verweigerung hätte sich Raum für den Beginn der Zwangsvollstreckung ergeben.

Die geforderte Gebühr wäre aber auch nicht begründet, wenn die Beklagte nach Beginn und zufolge der Zwangsvollstreckung den Eid vor dem Prozeßgericht geleistet hätte. Die Kosten, deren Ersatz von der Klägerin begehrt wird, sind Kosten, welche ihr durch die Empfangnahme der urteilsgemäßen Leistung erwachsen sind. Nach der G.O. f. R.A. ist eine Verpflichtung des Schuldners, die dem Gläubiger durch Empfangnahme der geschuldeten Leistung erwachsenden Kosten zu ersetzen, nur unter Umständen nach § 87 gegeben, und zwar aus Gründen, welche für andere, als die dort be-

zeichneten Leistungsgegenstände nicht zutreffen[1]). Im Uebrigen hat der Grundsatz Platz zu greifen, daß der Gläubiger die Kosten, welche ihm durch Empfangnahme der ihm so, wie geschuldet, gemachten Leistung erwachsen, selbst zu tragen hat[2]). Die Kosten der Vertretung der Klägerin in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin wären aber dadurch nicht erhöht worden, wenn die Eidesleistung im Stadium der Zwangsvollstreckung erfolgt wäre. Auch dießfalls lägen also zu diesem Posten keine Kosten vor, welche nach § 697 Abs. 1 C.P.O. die Beklagte zu tragen hätte.

Beschluß des II. Civilsenats vom 2. Dezember 1897 i. S. Vorschußbank Herrenberg g. Scheuermann, (desgl. vom 24. Februar 1898 i. S. Kratzer g. Köble).

52.

Vergleichsgebühr eines für die Beweisaufnahme vor dem beauftragten Richter substituierten Rechtsanwalts?

Hierüber besagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines oberlandesgerichtlichen Beschlusses:

Die Beschwerde richtet sich lediglich dagegen, daß in dem angefochtenen Beschlusse eine Vergleichsgebühr des Rechtsanwalts F. mit —:· 10 M. festgesetzt worden ist.

Wie aus den Akten ersichtlich, war der genannte Anwalt von dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers R.A. Dr. R. L. durch „Substitutionsvollmacht" vom 20. Mai 1897 für die „Beweisaufnahme" substituiert worden, womit übrigens nach Lage der Sache nur die Beweisaufnahme verstanden sein konnte, welche vor dem beauftragten Richter außerhalb des Sitzes des Prozeßgerichts stattfinden sollte. Bei dieser Beweisaufnahme ist am 23. Juni 1897 der Kläger in Person mit R.Anw. F. erschienen, wozu in dem Protokoll auf eben jene Substitutionsvollmacht Bezug genommen

1) Walter, G.O. f. R.A., 3. Aufl. S. 442 II.

2) Ger.-Blatt Bd. 15 S. 130.

ist. Nach Einnahme des Augenscheins, jedoch vor Eintritt in die Zeugenvernehmung schlossen die Parteien einen Vergleich. Man könnte nun, auch wenn der Vergleich, wie die Beschwerde vorbringt, von dem persönlich anwesenden Kläger selbst abgeschlossen wurde, unterstellen, daß R.A. F. zu diesem Vergleich im Sinn des § 13 Nr. 4 der Geb.O. für Rechtsanwälte „mitgewirkt" habe.

Allein die Vergleichsgebühr aus § 13 Nr. 4 der R.A.G.O. steht nach dem Wortlaut des Gesetzes, welcher der Absicht des Gesetzgebers entspricht, nur dem „als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt" zu. Inwieweit die Gebührensätze des § 13 dem nicht zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Anwalt, welcher in einem Rechtsstreit thätig geworden ist, zustehen sollen, ist in den §§ 43—49 der G.O. besonders bestimmt. Dem lediglich zur Wahrnehmung eines Beweistermins bevollmächtigten Anwalt kommen als solchem nur die ihm in § 45 der G.O. ausgesetzten Gebühren zu, demjenigen Anwalt, der lediglich den Verkehr der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten vermittelt, nur die in § 44 G.O. arbitrierten Sätze. Daß dem für einen Beweistermin substituierten Anwalt außer den in § 45 genannten auch die in § 13 Nr. 2 und 3 festgesetzten Gebühren für eine entsprechende, anläßlich der Beweisaufnahme weiter ausgeübte Thätigkeit zustehen sollen, lag keinenfalls in der Absicht des Gesetzesentwurfs, läßt sich aber auch — gegenüber dem Wortlaut, in welchem der § 45 zum Gesetze geworden ist —, aus der übrigen Entstehungsgeschichte desselben nicht herleiten[1].

Die fragliche Vergleichsgebühr ließe sich nach § 13 Nr. 4 der G.O. nur aus dem Gesichtspunkt begründen, daß R.Anw. F. als zweiter Prozeßbevollmächtigter des Klägers betrachtet würde, sofern diesfalls — zwar nicht ein „Wechsel" in der Person des Prozeßbevollmächtigten eingetreten, aber — eine Bestellung mehrerer Anwälte nebeneinander erfolgt wäre und alsdann die Erstattungspflicht hinsichtlich der die Kosten

1) cf. Völk, G.O. f. R.A. ad § 45 S. 88. Walter, G.O. f. R.A. 3. Aufl. §§ 45. 46 S. 341 II S. 342 III, zu § 20 ff. S. 236 f.

eines Anwalts nicht übersteigenden Gebühren nach § 87 Abs. 2, Satz 2, der C.P.O. als begründet erschiene.

Die Civilkammer ist denn auch anscheinend davon ausgegangen, daß hier ein weiterer Prozeßbevollmächtigter beigezogen worden sei. Man vermochte sich jedoch dieser Auffassung nicht anzuschließen.

Zwar ist, wie aus den Akten zu ersehen, R.A. F. nicht lediglich bei der Beweisaufnahme thätig gewesen, er hat die Korrespondenz des Klägers mit dem Prozeßbevollmächtigten besorgt; und wie oben unterstellt wurde, hätte er zu dem abgeschlossenen Vergleich mitgewirkt. Aber damit, daß der für einen Beweistermin substituierte Anwalt in dem gleichen Prozesse auch noch als Korrespondenzmandatar thätig geworden, ist derselbe doch noch nicht Prozeßbevollmächtigter, es bedarf dieser Konstruktion nicht, um diesem Anwalt sowohl die in § 44 als in § 45 der G.O. festgesetzten Sätze, soweit sie die einmalige volle Gebühr — §§ 25. 48 G.O. — nicht übersteigen, zubilligen zu können; auch aus der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 26 S. 376 ff. läßt sich nicht entnehmen, daß in einem derartigen Falle stets und ohne Weiteres der zweite Anwalt auch Prozeßbevollmächtigter sei. Mehrere einzelne Spezialmandate geben zusammen noch nicht eine Prozeßvollmacht. Wenn zwar der Anwalt, dessen Vollmacht nicht auf bestimmte Handlungen beschränkt ist, auch dann, falls er für einen Abschnitt im Prozesse beauftragt wurde, insoweit, als zum Prozeßbevollmächtigten bestellter Anwalt zu gelten hätte[1]), so trifft doch nicht das Gleiche zu auf einen Anwalt, der neben dem Prozeßbevollmächtigten zufolge Substitution des letzteren für eine einzelne Prozeßhandlung thätig geworden ist.

Die Substitutionsvollmacht für die Beweisaufnahme ermächtigte den Vertreter nicht zum Abschluß eines Vergleichs (C.P.O. § 77). Daß etwa von dem Kläger persönlich damals dem R.A. F. eine weitergehende Vollmacht erteilt

1) Vergl. die Kommissionsverhandlungen zu § 20 der G.O. Walter S. 264.

worden sei, ist nicht ersichtlich und nicht geltend gemacht. Einen Vergleich konnte vor dem beauftragten Richter der Kläger selbst, ohne Vertretung durch einen Rechtsanwalt abschließen. Um die in Frage stehende Vergleichsgebühr etwa aus § 89 der G.O. — wenn anders diese Bestimmung hier Platz greifen sollte — zu rechtfertigen, würde es schon an dem Nachweise eines Spezialmandats für den Vergleich fehlen.

Hienach erweist sich die Beschwerde als begründet und war von der Kostenrechnung die Vergleichsgebühr abzusetzen.

Beschluß des I. Civilsenats vom 5. November 1897 i. S. Wagner g. Fiskus.

Die weitere Beschwerde ist vom Reichsgericht als unbegründet zurückgewiesen worden.

53.

Schreibgebühr für eine dritte Abschrift der Kostenrechnung [1]).

Eine solche wurde für zulässig erklärt aus folgenden Gründen:

Nach § 98 der C.P.O. sind zwar dem Kostenfestsetzungsgesuch nur die Kostenberechnung, die zur Mitteilung an den Gegner bestimmte Abschrift und die erforderlichen Rechnungsbelege beizufügen; die Beifügung einer weiteren Abschrift oder Reinschrift der Kostenrechnung ist nach der angeführten Gesetzesbestimmung nicht vorgeschrieben; gleichwohl kann aber die Einreichung einer solchen als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erscheinen: nicht nur die kostenpflichtige, sondern auch die erstattungsberechtigte Partei hat ein wesentliches Interesse daran, genaue Kenntnis zu erlangen, welche Ansätze der Kostenrechnung oder inwieweit die einzelnen Ansätze bei der Kostenfestsetzung berücksichtigt oder abgestrichen worden sind und welche Berechnungsweise dem Kostenfestsetzungsbeschluß zu Grunde liegt.

1) Vergl. Jahrb. Bd. 3 S. 163 nr. 26 a. E. — Anm. d. Red.

Bei Kostenrechnungen von einigem Umfang, wie im vorliegenden Falle, geschieht dies, auch um eine umständliche Breite und Unklarheiten zu vermeiden, zweckmäßig in der Art, daß in der Kostenrechnung selbst die etwaigen Abstriche und die hieraus sich ergebende andere Berechnungsweise vermerkt und diese Bemerkungen und Abänderungen nicht nur auf die für den kostenpflichtigen Gegner bestimmte Abschrift der Kostenrechnung, sondern auch auf die Doppelschrift, welche die erstattungsberechtigte Partei zurückerhält und die dann als Beilage des Kostenfestsetzungsbeschlusses erscheint, übertragen werden. Hienach war der von der Civilkammer abgestrichene Schreibgebührenbetrag wiederherzustellen.

Beschluß des II. Civilsenats vom 14. Juni 1897 i. S. Kohler gegen Lohrmann.

Ebenso hat der I. Civilsenat entschieden mit Beschluß vom 17. Mai 1898 i. S. Schwarzschild gegen N., wobei hervorgehoben wurde, daß die in dem Beschluß vom 6. Dezember 1889 in der Beschwerdesache des Adolf Göppinger (W. J.B. 3 S. 163) in dieser Frage vertretene Ansicht schon mit Beschluß vom 29. Mai 1891 i. S. Wacker g. Knoll aufgegeben worden sei.

54.

Liegt ein gerichtlicher Vergleich vor, wenn dessen Widerruf nachträglich widerrufen wird?

Aus den den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Nach dem Inhalte des Sitzungsprotokolls des K. Amtsgerichts L. vom 8. Juli d. J. haben die Parteien die Wirksamkeit des zur Beilegung des Rechtsstreits vor dem Amtsgericht abgeschlossenen Vergleichs von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, daß der Vergleich in einer bestimmten Form und Frist seitens der einen oder der andern Partei nicht wiederrufen werde. Die Bedingung ist nicht eingetreten, indem der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten

rechtzeitig und in der festgesetzten Form den Widerruf des Vergleichs erklärt hat. Hiedurch hat sich der Vergleich zerschlagen, als ob er nie abgeschlossen worden wäre. Durch die nachträgliche Erklärung des Beklagten selbst, daß er den Widerruf seines Anwalts „widerrufe" und den Vergleich anerkenne, ist der vor Gericht abgeschlossene Vergleich, wie schon in dem angefochtenen Beschluß der Civilkammer ausgeführt worden ist, nicht wieder zu Kräften gekommen, vielmehr bedurfte es eines andern vor Gericht abzuschließenden Vergleichs, um einen vollstreckbaren Schuldtitel im Sinne des § 702 Ziff. 1 der C.P.O. zu schaffen und damit die gesetzliche Grundlage für die Festsetzung der Prozeßkosten herzustellen.

Wenn der Kläger in der Beschwerdebegründung geltend macht, daß im Streitfalle die Erklärung des Mandanten und nicht die des Mandatars gelte, so übersieht er die Bestimmung des § 81 der C.P.O., wornach die von dem Prozeßbevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen (vergl. § 77 der C.P.O.) für die Partei in gleicher Art verpflichtend sind, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären; der Schlußsatz des angeführten § 81 trifft aber auf den vorliegenden Fall, wie schon der Wortlaut ergiebt, nicht zu.

Hienach hat die Civilkammer den Kostenfestsetzungsbeschluß mit Recht aufgehoben.

Beschluß des II. Civilsenats vom 28. Oktober 1898 in S. Nothhelfer g. Embacher.

55.

Kostenfestsetzungsverfahren in gemeindegerichtlichen Prozessen?

Der Beschuß eines Gemeindegerichtsvorstands setzte die Kosten einer Partei in Anwendung der Bestimmungen der C.P.O. fest; die Beschwerde der betreffenden Partei gegen diesen Beschluß ist durch Beschluß des vorgesetzten Amtsgerichts zurückgewiesen worden, die Civilkammer hat unter

Aufhebung des letzteren Beschlusses die Beschwerde gegen den Beschluß des Gemeinderatsvorstands für unzulässig erklärt. Auf weitere Beschwerde der Partei hat das Oberlandesgericht der Civilkammer folgendes zu erkennen gegeben:

Nicht nur der in der bezeichneten R.S. am 20. April d. J. von dem Vorstand des Gemeindegerichts erlassene Kostenfestsetzungsbeschluß, welcher den Gegenstand der von dem Kläger erhobenen Beschwerden bildet, sondern auch die auf die letzteren von dem Amtsgericht G. und von der Civilkammer gefaßten Beschlüsse entbehren der gesetzlichen Grundlage. Bezüglich der Festsetzung der von der unterliegenden Partei dem Gegner zu erstattenden Prozeßkosten bestand vor dem Inkrafttreten der R.C.P.O. auch für das gemeindegerichtliche Verfahren nach Art. 153 der Württ. C.P.O. vom 3. April 1868 die Regel, daß die Parteien — bei Vermeidung von Ordnungsstrafe — alle der Gegenpartei aufzurechnenden Kosten, soweit möglich, so zeitig zu berechnen hatten, daß die Feststellung entweder mit der Verkündung des Urteils oder doch mit dessen vollständiger Abfassung erfolgen konnte. Für das gemeindegerichtliche Verfahren ist hierin mit der gegenwärtig in Geltung stehenden Gesetzgebung, insbesondere durch das das gemeindegerichtliche Verfahren regelnde Württ. A.G. zur R.C.P.O. eine Aenderung nicht eingetreten. —

Infolge der Bestimmung des § 14 nro. 3 des G.V.G. sind die Gemeindebehörden aus der Reihe der ordentlichen Gerichte ausgeschieden; auf die vor ihnen zu verhandelnden Rechtssachen findet die C.P.O. nach § 3 Abs. 1 des E.G. keine Anwendung. Was im besonderen das Kostenfestsetzungsverfahren der §§ 98 ff. der C.P.O. betrifft, so ist — abgesehen davon, daß eine auch nur analoge Anwendung mit dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Streben nach möglichster Einfachheit und Billigkeit des gemeindegerichtlichen Verfahrens unvereinbar wäre — dessen Ausschluß und die Erhaltung des bis dahin bestandenen Verfahrens im Ausf.-Ges. zu erkennbarem Ausdruck gekommen. Nachdem in den ersten

Absätzen des Art. 6 die Grundsätze des Verfahrens ausgesprochen sind, bestimmt Abs. 6: „Ueber die Verhandlung ist ein Protokoll zu verfassen, in welches die Entscheidung mit kurzer Begründung aufzunehmen ist“; in Abs. 7 ist vorgeschrieben, daß die Entscheidung sich auf die Kosten zu erstrecken hat, und welche Kosten erstattungsfähig sind; nach Abs. 8 ist diese Entscheidung in der Regel sofort mündlich zu verkünden. Aus dem Wortlaut und aus der Stellung dieser drei Absätze unter einander geht hervor, daß die für die Entscheidung bezüglich der erstattungsfähigen Kosten gegebene Direktive gerade bei der einen Teil des Urteils bildenden Entscheidung im Kostenpunkt angewendet werden soll; nicht nur „über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen“ (§ 269 Abs. 2 C.P.O.) ist zu entscheiden, sondern über die Kosten selbst, über die einzelnen Beträge, wie sie in der Verhandlung und vor Erlaß des Urteils gefordert werden. Die Kostenfeststellung hat also mit dem Urteil stattzufinden, und es ist daher Pflicht des Gerichts, die Parteien zu rechtzeitiger Liquidierung ihrer Ersatzansprüche zu veranlassen. Die Unmöglichkeit rechtzeitiger Eingabe der Kosten wird sich zumal bei der Beschränkung der Zulassung des Ersatzanspruchs gemäß Abs. 7 um so seltener ergeben, als nach Erlassung des Urteils entstehende Kosten regelmäßig zu den Kosten der Zwangsvollstreckung gehören werden, welche nach Art. 11 A.G. vergl. mit § 697 C.P.O. bei diesem Anlaß beigetrieben werden können.

Somit kann nach Erledigung der Hauptsache durch Entscheidung (oder vor Gericht abgeschlossenen Vergleich) ein Kostenfestsetzungsbeschluß in besonderem Verfahren nicht erlassen werden. Dies ergibt sich notwendig auch daraus, daß ein dem ordentlichen Verfahren nachgebildeter gemeindegerichtlicher Kostenfestsetzungsbeschluß wertlos, weil nicht vollstreckbar wäre.

Der Kostenfestsetzungsbeschluß im Sinne des § 99 C.P.O. ist Vollstreckungstitel, weil er der sofortigen Beschwerde unterliegt (§ 702 nr. 3 C.P.O.). Selbst wenn an sich ein Kosten-

festsetzungsbeschluß im Sinne des § 99 im gemeindegerichtlichen Verfahren zulässig wäre, würde er einer Beschwerde im Sinne der C.P.C. nicht unterworfen sein; denn da die C.P.O. nach § 3 E.G. auf das gemeinderätliche Verfahren keine Anwendung findet, wäre die Uebertragung ihrer Vorschriften über die Beschwerde auf dieses Verfahren jedenfalls nur dann zulässig, wenn sie, was nicht der Fall ist, im Württ. A.G. ausdrücklich für statthaft erklärt wäre. Unmöglich erscheint aber auch der Versuch, einen vom Gemeindegerichtsvorstand nach dem Urteil erlassenen besonderen Kostenfestsetzungsbeschluß auf gleiche Stufe mit den „Entscheidungen" des gemeindegerichtlichen Kollegiums (Art. 6. 9. 10.) zu stellen, daher gegen denselben die Berufung auf den Rechtsweg zuzulassen und auf diesem Wege zur Vollstreckbarkeit desselben zu gelangen. Hiernach muß das bei dem Gemeindegericht G. beliebte Kostenfestsetzungsverfahren, speziell der am 20. April d. J. erlassene Kostenfestsetzungsbeschluß für gesetzlich unzulässig und nichtig erachtet werden, und fragt sich nur, ob dagegen der Partei ein Beschwerderecht zusteht.

Durch den an die Stelle des § 15 des IV. Edikts getretenen Art. 898 der Württ. C.P.O. vom 3. April 1868 war bestimmt: „Im Laufe des Rechtsstreits können die Parteien wegen Verweigerung und Verzögerung der Rechtspflege, wegen gesetzwidrigen Verfahrens oder ungebührlicher Behandlung Beschwerde bei den Oberamtsgerichten erheben." Nachdem diese Bestimmung zufolge Art. 34 Abs. 2 des Württ. A.G. zur R.C.P.O. außer Kraft getreten und durch besondere neue Vorschriften nicht ersetzt worden ist, muß auf den, den früheren Bestimmungen zu Grunde liegenden und in Geltung gebliebenen § 36 der Württ. Verf.-Urkunde zurückgegriffen werden, wonach jeder das Recht hat über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben und nötigenfalls stufenweise bis zur höchsten Behörde zu verfolgen. Auf das Beschwerderecht im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten finden allerdings nur die Prozeß-

gesetze, nicht § 36 der V.U. Anwendung; allein um ein solches Verfahren handelt es sich hier nicht, und es kann nicht angenommen werden, daß, wie in den die Prozeduren vor den ordentlichen Gerichten regelnden Gesetzen, so in den Vorschriften des Württ. A.G. über das gemeindegerichtliche Verfahren die Rechtsbehelfe der Parteien gegen das sie benachteiligende ordnungswidrige Verhalten der Gemeindebehörde erschöpfend festgestellt seien. Ohne die auch für ihre Entscheidungen erforderliche Unabhängigkeit (§ 93 V.U.) anzutasten, ist die Bewilligung jenes allgemeinen Beschwerderechts eine Notwendigkeit, und es kann umsoweniger angenommen werden, daß seine Zulassung dem Willen des Gesetzgebers widerspricht und daß den Gemeindebehörden ein höheres Maß von Selbständigkeit, als früher eingeräumt sein soll, als die Gemeindebehörde ihres eigentlich richterlichen Charakters überhaupt entkleidet worden ist.

Hiernach stand dem Kläger gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gemeindegerichtsvorstands allerdings die Beschwerde zu; allein dieselbe konnte nach dem Ausgeführten nicht zur materiellen Prüfung, sondern nur zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen.

Hiebei ist für diese, wie für die folgenden Beschwerden des Klägers davon auszugehen, daß er zweifellos dieselben nicht ausschließlich als die sofortige im Sinne der C.P.O. betrachtet wissen, sondern daß er diejenige Beschwerde erhoben haben wollte, welche gesetzlich zulässig erschien.

Jedenfalls liegt aber in dem amtsgerichtlichen Beschluß eine Entscheidung in einer gemeindegerichtlichen Sache vor, auf welche die C.P.O. dadurch nicht anwendbar wird, daß nunmehr ein ordentliches Gericht damit befaßt war. Mit Unrecht hat daher das Landgericht die dorthin erhobene Beschwerde als sofortige im Sinne der C.P.O. für zulässig erklärt. Das Landgericht hätte vielmehr neben Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts auch die Verfügung treffen sollen, welche nach dem Obigen schon seitens des Letzteren hätte ergehen sollen.

In dem Beschlusse des Landgerichts tritt nun zwar unzweideutig die Auffassung zu Tage, daß für seine Entscheidung die C.P.O. maßgebend sei. Damit ist aber an der Thatsache nichts geändert, daß es eine gemeindegerichtliche Sache ist, in welcher Beschwerde und Entscheidung stattfand, das Landgericht hat also seiner Beurteilung das unrichtige Gesetz zu Grunde gelegt, während für die Frage nach der Anfechtbarkeit dieses Beschlusses sein wirkliches Wesen maßgebend ist, sodaß auch für die gegenwärtige Instanz nicht das Reichsgesetz in Anwendung kommt. Der Inhalt des hier zu fassenden Beschlusses ist aber nach dem bisher Bemerkten gegeben. Demnach will man hiemit sowohl den Beschluß des Amtsgerichts vom 28. April d. J. als den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gemeindegerichtsvorstands vom 20. April d. J. aufgehoben haben. Ob, bezw. auf welchem Wege der Kläger seine Prozeßkostenersatzansprüche an den Beklagten geltend zu machen vermag, war nicht zu entscheiden. Da die von ihm erhobenen Beschwerden, soweit zulässig, nicht civilprozessualischer Natur sind, konnte seinem Antrag, die Kosten derselben dem Beklagten zuzuscheiden, nicht entsprochen werden.

Beschluß des II. Civilsenats vom 12. Juli 1897 in der Beschwerdesache Speidel gegen Herrmann.

56.

Zustellung eines eine Ordnungsstrafe gegen einen Rechtsanwalt verhängenden Beschlusses an dessen gemäß §§ 29. 25. R.A.O. bestellten Vertreter?

Hierüber besagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines oberlandesgerichtlichen Beschlusses:

Der den Gegenstand der Beschwerde bildende Beschluß ist am 17. Juli dem J.Ref. Sch. als dem von dem K. Justizministerium für R.A. F. während dessen, vom 16. Juli bis 9. August dauernder Abwesenheit bestellten Stellvertreter zugestellt worden, und R.A. F., welcher von der Strafver-

fügung erst am 9. August Kenntnis erhalten haben will, hat am 10. d. M. bei dem A.Gericht L., am 11. d. M. bei dem Oberlandesgericht Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den amtsgerichtlichen Beschluß aufzuheben.

Da die nach § 183 G.V.G. erhobene Beschwerde binnen der Frist von einer Woche nach der Bekanntmachung der Entscheidung, d. h. nach deren Verkündung bezw. Zustellung, zu erheben ist, so wäre die Frist versäumt, wenn die an J.Referendär Sch. erfolgte Zustellung des Beschlusses als gegen den Beschwerdeführer wirksam zu betrachten wäre. Allein da J.Ref. Sch. als der gemäß §§ 29. 25 R.A.O. bestellte Vertreter des R.A. F. erscheint, so ist anzunehmen, daß dessen Vertretungsmacht auf die regelmäßig in der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten bestehende Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts beschränkt war; und sofern es sich im vorliegenden Fall zwar um eine, durch diese Berufsthätigkeit veranlaßte, aber doch an sich ganz persönliche Angelegenheit des Abwesenden handelte, mußte man Bedenken tragen, den Stellvertreter des R.A. F. auch hier für legitimiert zur Empfangnahme der Zustellung zu erachten. Daß hiernach eine als giltig zu betrachtende Zustellung des angefochtenen Beschlusses überhaupt noch nicht vorliegt, steht der Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde nicht im Wege.

Beschluß des Feriensenats vom 24. August 1897 in der Beschwerdesache des R.A. F.

B. in Strafsachen.

2.

1. Erfordert Art. 32 Ziff. 5 des Pol.Str.Ges. vom 27. Dezember 1871 ein wissentliches Zuwiderhandeln?
2. Wird die Verjährung der Strafverfolgung durch Erlassung einer polizeilichen Strafverfügung oder erst durch deren Bekanntmachung an den Beschuldigten unterbrochen?[1])

Die Hebamme S. B. ist wegen Verfehlung wider die Dienstanweisung für die Hebammen vom 6. Mai 1884 (Amtsblatt des Minist. des Innern S. 197 ff.) auf Grund des Art. 32 Ziff. 5 des Pol.Str.Ges. vom 27. Dezember 1871 bestraft worden. Bezüglich der in der Ueberschrift bezeichneten Fragen besagen die

Gründe

des Revisionsurteils:

Die Behauptung der Revision, daß nur wissentliche Uebertretungen des § 12 der Dienstanweisung für die Hebammen unter Strafe gestellt seien, ist unrichtig.

Bei polizeilichen Bestimmungen, die wie die Ziffer 5 des Art. 32 des P.St.G. die Einhaltung und Durchführung dessen, was die allgemeine Wohlfahrt fordert, durch Strafandrohung zu sichern suchen, spricht schon ihr Zweck dafür, daß sie jedes schuldhafte Verhalten, auch fahrlässiges, unter Strafe stellen. Daß dies nach der Absicht des Gesetzgebers

1) Vergl. Bd. 4 S. 69 der Jahrb.

für die Ziff. 5 des Art. 32 zutrifft, ergibt sich aus der Vergleichung mit den in Ziff. 1—4 aufgeführten Fällen, für die im allgemeinen ausdrücklich „vorsätzlich" unbefugtes Handeln vorausgesetzt wird und bei denen nach dem Schlußabsatz dieses Artikels „unabsichtliches" Handeln milder bestraft werden soll, während im Gegensatz hiezu die Ziff. 5 das betreffende Zuwiderhandeln ohne Unterschied mit Strafe bedroht. Hievon macht auch der § 12 der Dienstanweisung für die Hebammen keine Ausnahme. Im Gegenteil, wenn hier in Absatz 1—3 den Hebammen „auf's strengste" ihre Verpflichtung zur Veranlassung der Berufung des Geburtshelfers eingeschärft und ihnen eingehende Vorschriften für ihr weiteres Verhalten im Fall vergeblicher Aufforderung erteilt werden, so zeigt dies, wie den Hebammen diese Aufforderung und Sorge für die Berufung eines Geburtshelfers im zutreffenden Fall und in jeder Beziehung zur dringenden Pflicht gemacht ist, und es ergibt sich hieraus weiter, wie sie gar nichts, namentlich auch nicht die Untersuchung der Gebärenden vernachlässigen dürfen, um zu erkennen, ob nicht eine die Berufung des Geburtshelfers fordernde Regelwidrigkeit vorliege. Sollte eine Hebamme nur dann bestraft werden, wenn sie mit Kenntnis einer solchen Regelwidrigkeit die Aufforderung zur Berufung eines Geburtshelfers unterläßt, und sollten alle diejenigen Fälle straffrei bleiben, in denen die Hebammen infolge pflichtwidriger Gleichgiltigkeit und Sorglosigkeit die ihnen mögliche Kenntnis von einer solchen Regelwidrigkeit sich nicht verschaffen, so würden die zu Gunsten von Leben und Gesundheit den Hebammen gegebenen Vorschriften in einem wesentlichen Stück abgeschwächt. Dies kann bei dem Nachdruck, mit dem sie eingeschärft werden, nicht die Absicht der verfügenden Behörde sein.

Da die Handlung von der Angeklagten am 24. November 1897 begangen und die hiewegen von dem K. Oberamt E. am 21. Februar 1898 erlassene polizeiliche Strafverfügung erst am 24. Februar, also nach dem Ablauf von drei Monaten vom Tage der Handlung an, der Angeklagten durch das

Schultheißenamt N. bekannt gemacht worden ist, so fragt es sich, ob die Strafverfolgung dieser Uebertretung nicht schon durch Verjährung ausgeschlossen war, als sie zufolge des Antrags der Angeklagten auf gerichtliche Entscheidung bei dem Gericht erster Instanz anhängig wurde. In dem in den Jahrbüchern der Württ. Rechtspflege Bd. 4 S. 69 ff. veröffentlichten Urteil vom 9. Juli 1890 ging der Strafsenat des Oberlandesgerichts von der Rechtsansicht aus, daß nicht die Erlassung einer Strafverfügung durch die Polizeibehörde, sondern erst deren Bekanntmachung an den Beschuldigten die Verjährung unterbreche. Diese Rechtsansicht kann nach wiederholter Prüfung der Frage nicht festgehalten werden.

In den Motiven zu dem dem § 453 der St.P.O. entsprechenden § 381 des Entwurfs ist die Bestimmung des Abs. 4, daß die polizeiliche Strafverfügung in Betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung wirke, damit begründet, daß sie die wesentlichen Elemente einer richterlichen Entscheidung und damit den Charakter einer richterlichen Handlung habe.

Dieser Gesichtspunkt blieb in den ferneren Beratungen des Entwurfs unbeanstandet. Hienach ist die polizeiliche Strafverfügung deshalb einer richterlichen Handlung gleichgestellt, weil sie einer richterlichen Entscheidung gleichsteht. Der 4. Abschnitt des I. Buches der St.P.O. unterscheidet scharf zwischen den gerichtlichen Entscheidungen und deren Bekanntmachung, die, sofern sie durch Zustellung zu erfolgen haben, für die Regel durch eine nicht richterliche Behörde, durch die Staatsanwaltschaft, zu veranlassen ist. Ist in der St.P.O. von gerichtlichen Entscheidungen die Rede, so ist, sofern es sich nicht um deren weitere Wirksamkeit handelt, deren Erlassung, nicht deren Bekanntmachung gemeint. Dementsprechend kann auch ohne anderweitige Anhaltspunkte unter der Strafverfügung, die gleich einer richterlichen Handlung bezw. einer richterlichen Entscheidung die Verjährung unterbrechen soll, nur deren Erlassung, nicht erst deren Bekanntmachung verstanden werden.

Namentlich fehlt der von der Polizeibehörde gemäß § 453 Abs. 1—3 St.P.O. erlassenen Strafverfügung wegen der noch nicht erfolgten Bekanntmachung die Richtung gegen den Beschuldigten nicht. Denn diese Richtung liegt in der darin enthaltenen Festsetzung der Strafe wider den Beschuldigten. Auch ist die Strafverfügung, die zu den Akten abgefaßt ist, nicht mehr ein nur innerer Vorgang. Jedenfalls aber bildet die so abgefaßte Strafverfügung die unbedingte Voraussetzung und Grundlage für die fernere Wirksamkeit. Hätte der Gesetzgeber eine andere Ansicht gehabt, so wäre für ihn sehr nahe gelegen, dies zum Ausdruck zu bringen. Der nunmehrige Absatz 4 des § 453 St.P.O. lautete im Entwurf: „Sie (nämlich die Strafverfügung) wirkt in Betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung". Zufolge der Kommissionsberatungen wurde vom Reichtstag in Abs. 3 die jetzt darin enthaltene Vorschrift aufgenommen, daß die Strafverfügung auch die Eröffnung in Betreff der zulässigen Rechtsmittel enthalten soll. In diesem Zusatz ist ausdrücklich die Bekanntmachung der Strafverfügung erwähnt. Obwohl nun der Reichstag im Abs. 4 der Deutlichkeit wegen das Anfangswort: „Sie" (die Strafverfügung) änderte, wurde es nicht, wie dies bei der anderen Auffassung, zumal nach der vorausgegangenen Erwähnung der Bekanntmachung, zu erwarten gewesen wäre, durch „Die Bekanntmachung der Strafverfügung", sondern durch „Die Strafverfügung" ersetzt. Unter den obwaltenden Umständen kann dies nur dahin verstanden werden, daß die Strafverfügung als Handlung der sie erlassenden Polizeibehörde, der Erlaß der Strafverfügung (zu vergl. § 458 St.P.O.), nicht deren Bekanntmachung gemeint ist. Die Ansicht, daß die Erlassung einer Entscheidung, nicht deren Bekanntmachung oder Vollstreckung, die Verjährung unterbreche, ist auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der Wissenschaft anerkannt[1]).

1) Zu vergl. Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 8 S. 310 f. Bd. 21 S. 308 ff. Bd. 27 S. 81 f., Olshausen, Komm. zum St.G.B.

Urteil des Straffenats vom 13. Juli 1898 in der Strafsache gegen Sophie Bayer.

3.

Muß von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen, welche öffentlich angeschlagen, ausgestellt oder unentgeltlich verteilt werden sollen, ein Pflichtexemplar an die Ortspolizeibehörde jedes Ortes, wo der Anschlag, die Ausstellung oder Verteilung stattfindet, abgeliefert werden oder genügt die einmalige Ablieferung an die Ortspolizeibehörde des Ausgabeortes?

Die eben gestellte Frage, welche in der seitherigen Praxis der württembergischen Gerichte eine verschiedene Beantwortung gefunden hat, lag dem Straffenat in der Strafsache gegen den Schreinergesellen G. P. von S. und einen Genossen wegen Uebertretung gegen Art. 3 des württ. Ausführungsgesetzes zum Reichspreßgesetz zur Entscheidung vor, nachdem die beiden Angeklagten, welche von dem Schöffengericht B. freigesprochen, auf Berufung der Staatsanwaltschaft aber durch Urteil der Strafkammer Heilbronn vom 9. Juli 1898 verurteilt worden waren, gegen dieses Urteil Revision eingelegt und auf die Behauptung, es genüge die Ablieferung eines Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Ausgabeortes gestützt hatten. Durch Urteil des Straffenats vom 24. August 1898 ist die Revision verworfen worden aus folgenden

Gründen:

Die Revision, welche rechtzeitig und formrichtig eingelegt und begründet worden ist, rügt die Verletzung des materiellen Rechtes, nämlich des Art. 1 des württ. Gesetzes vom 27. Juni 1874 betreffend Ausführungsbestimmungen zu dem

5. Aufl. zu § 68 N. 5a u. 14b; Oppenhoff, St.G.B. 13. Aufl. zu § 68 N. 8; Schwarze, Komm. zum St.G.B. 5. Aufl. zu § 68 Z. 7. Anm. 3; Binding, Strafrecht I. Bd. S. 852; Meyer, Strafrecht, 5. Aufl. § 45 Z. 3c (S. 328).

Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874 (Württ. Reg.-Blatt S. 181). Diese Rüge geht jedoch fehl.

Nach der thatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urteils haben die beiden Angeklagten in fortgesetzter Handlung am 11. April 1898 zu Stetten am Heuchelberg und am 24. dess. Mts. zu Hausen bei Massenbach ein sozialdemokratisches Flugblatt betitelt „der Volksfreund. Ein Flugblatt für Stadt und Land" und erschienen in Stuttgart im März 1898 unter Redaktion von K. Tauscher in Stuttgart im Druck und Verlag von J. G. W. Dietz Nachfolger (G. m. b. H.) daselbst, in den Häusern, in Wirtschaften und auf den Straßen in mehreren Exemplaren unentgeltlich verbreitet, ohne daß sie zuvor der Ortspolizeibehörde zu Stetten und derjenigen von Hausen ein Exemplar vorgelegt hätten. Diese Feststellung würde, wenn auch ein Anstand in der Richtung nicht besteht, daß dieses Flugblatt einen Aufruf im Sinn des Art. 1 l. c. darstellt, an sich die Anwendung des cit. Art. 1 nicht rechtfertigen, insofern diese Gesetzesbestimmung nicht die der Verteilung des Flugblattes vorausgehende Ablieferung eines Exemplars an die Ortspolizeibehörde verlangt, sondern nur fordert, daß diese Ablieferung mit Beginn der Verteilung erfolge. Da aber der übrige Inhalt des Berufungsurteils ergibt, daß die Angeklagten den genannten Ortspolizeibehörden ein Exemplar des Flugblattes überhaupt nicht abgeliefert haben und ihre Verpflichtung hiezu in Abrede ziehen, so hat als festgestellt zu gelten, daß die Angeklagten die Flugblätter verteilten, ohne ein Exemplar den Ortspolizeibehörden zu Stetten und Hausen abzuliefern. Wenn in diesem Thatbestand eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Art. 1 des Ges. vom 27. Juni 1874 erblickt und hierwegen gemäß Art. 3 dieses Gesetzes gegen die Angeklagten auf Strafe erkannt worden ist, so läßt sich ein Rechtsirrtum hierin nicht erkennen und kann insbesondere die Auffassung der Revision, daß durch den erwähnten Art. 1 Abs. 1 nicht die Ablieferung eines Pflichtexemplars an die Ortsbehörde des Ortes, wo die Verteilung

erfolge, verlangt werde, vielmehr nur die Ablieferung eines Exemplars an die Ortspolizeibehörde des Ausgabeortes vorgeschrieben sei, welche Vorschrift seitens der Angeklagten durch die nach der vorderrichterlichen Feststellung am 10. März 1898 an die Kgl. Stadtdirektion Stuttgart geschehene Vorlegung erfüllt worden sei, als zutreffend nicht anerkannt werden. Es kann auf sich beruhen bleiben, ob, wenn im übrigen die von der Revision im Anschluß an ein in Boscher's Zeitschrift Bd. 33 S. 121 ff. veröffentlichtes Urteil der Strafkammer Heilbronn vom 17. März 1890 geltend gemachte Auslegung des Art. 1 l. c. richtig wäre, die an die Stadtdirektion, also die Bezirkspolizeibehörde, nicht die Ortspolizeibehörde des Ausgabeortes erfolgte Ablieferung des Pflichtexemplars die in Art. 1 statuierte Verpflichtung zu erfüllen geeignet wäre; denn diese Auslegung ist eine irrige.

Schon der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1, wornach „von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen, welche öffentlich angeschlagen, ausgestellt, oder auf Straßen, öffentlichen Plätzen oder anderen öffentlichen Orten unentgeltlich verteilt werden sollen, sobald der Anschlag, die Ausstellung oder die Verteilung beginnt, ein Exemplar an die Ortspolizeibehörde gegen eine sofort zu erteilende Bescheinigung unentgeltlich abgeliefert werden muß", läßt eine andere Deutung nicht zu, als die: Die Ablieferung des Pflichtexemplars muß an die Ortspolizeibehörde desjenigen Ortes erfolgen, wo der Anschlag, die Ausstellung oder die Verteilung stattfindet. Hätte nicht diese, sondern eine andere Ortspolizeibehörde, nämlich die des Ortes, wo das Plakat, das Flugblatt ausgegeben, mit der Entgegennahme des Pflichtexemplars betraut werden sollen, so hätte diese in der Fassung des Art. 1 Abs. 1 nicht zu findende gesetzgeberische Absicht durch besonderen Beisatz zum Ausdruck kommen müssen und wäre auch zweifellos zum Ausdruck gekommen. Denn wie die Revision zutreffend ausführt und wie auch bei der Beratung des Reichspreßgesetzes im Reichstage hervorgehoben worden ist, hatte man sich schon zur Zeit der Erlassung des Reichspreßge-

setzes „in Süddeutschland seit vielen Jahren an die Wirksamkeit des Plakats in Beziehung auf politische Dinge gewöhnt", da „bei den Wahlen ein sehr reichlicher Gebrauch davon gemacht wird"[1]), und es muß hienach davon ausgegangen werden, daß bei Beratung des württ. Ausführungsgesetzes zum Reichspreßgesetze die gesetzgebenden Faktoren alle Arten von Plakaten, wie deren vielfache Verwendungsweisen gekannt und sonach wohl in erster Linie, aber doch nicht allein an den häufigen Fall, wo es sich um die Verteilung, den Anschlag eines Plakats an seinem Ausgabeort handelt, gedacht, vielmehr auch den bei den Verhältnissen Württembergs vielleicht ebenso häufigen Fall, daß die an dem einen Orte herausgegebenen Plakate und Flugblätter an einem andern Orte angeschlagen und verteilt, daß insbesondere die in der Stadt ausgegebenen Plakate auf dem Lande verbreitet werden, sich vorgestellt haben. Wenn bei und trotz dieser Kenntnis und dieser Vorstellung, welche den Gedanken, daß die Ortspolizeibehörden verschiedener Orte als zur Annahme der Pflichtexemplare zuständig in Frage kommen können, erwecken mußten, von der Ortspolizeibehörde des Ausgabeortes nichts bemerkt, sondern eine Fassung gewählt wurde, welche für sich betrachtet nur die Ortspolizeibehörde des Anschlags-, Ausstellungs- oder Verteilungsortes als gemeint erkennen läßt, so muß diesem Wortlaute bei der Feststellung des gesetzgeberischen Willens besonderes Gewicht zukommen. Nimmt man sodann noch hinzu, daß der bei Beratung des des Art. 1. Ausf. Ges. vielfach zum Vergleich herangezogene § 9 des Reichspreßgesetzes dem Verleger einer periodischen Druckschrift die Verpflichtung auferlegt, von jeder Nummer, sobald die Austeilung der Versendung beginnt, ein Exemplar „an die Polizeibehörde des Ausgabeortes" gegen eine ihm sofort zu erteilende Bescheinigung unentgeltlich abzuliefern, so muß gesagt werden, daß wenn auch für Plakate u. s. w. die Polizeibehörde des Ausgabeortes mit der An-

1) Abg. Dr. Marquardsen Stenogr. Berichte des Reichstags 1. Session 1874 Band 1. 2. S. 1084.

nahme der Pflichtexemplare hätte betraut werden wollen, zweifellos die auch sonst für den Art. 1 Abs. 1 vorbildliche Fassung des § 9 Reichspreßgesetzes adoptiert und die Polizeibehörde des Ausgabeortes ausdrücklich genannt worden wäre, daß aber mit der dem Art. 1 Abs. 1 gegebenen Fassung ein in die Augen springender Gegensatz zu § 9 l. cit. hergestellt und dieser nicht zu übersehende Gegensatz von dem Gesetzgeber gewollt worden ist.

Daß es aber in der That dessen Wille war, die Ortspolizeibehörde des Ortes, an welchem die Bekanntmachung, das Plakat, der Aufruf angeschlagen, ausgestellt oder verteilt wird, mit der Entgegennahme des Pflichtexemplars zu betrauen, geht auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 1 und aus den Zwecken, deren Erreichung damit angestrebt wurde, mit aller wünschenswerten Sicherheit hervor.

Während der Entwurf eines Reichspreßgesetzes [1]) in § 14 das öffentliche Anschlagen, Ausstellen und unentgeltliche öffentliche Verteilen von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen, soweit es sich nicht um amtliche Bekanntmachungen oder um Ankündigungen über gesetzlich nicht verbotene Versammlungen, über gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen, über Verkäufe, Vermietungen oder andere Nachrichten für häusliche Zwecke und für den gewerblichen Verkehr handelt, ganz verbieten wollte, wurde dieser Standpunkt von der Reichstagskommission nicht gebilligt. Diese entschied sich [2]) mit Rücksicht auf die hinsichtlich des Plakatenwesens gemachten Erfahrungen dahin, daß eine Aufhebung oder weitgehende Beschränkung dieses Mittels der Veröffentlichung als eine wesentliche Lücke empfunden werden würde, daß z. B. in großen Teilen von Süddeutschland Plakatanzeigen eine sehr große Verbreitung gefunden hatten und eine Belästigung des Publikums durch dieselben nicht bemerkbar geworden sei, und

1) Stenogr. Bericht des Reichstags 1. Session 1874 Band 3 S. 135 ff.

2) Vergl. Stenogr. Berichte des Reichstags 1. Session 1874 Bd. 3 S. 252.

schlug einen § 15 vor, wornach „von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen, welche öffentlich angeschlagen, ausgestellt oder auf Straßen, öffentlichen Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten unentgeltlich verteilt werden sollten, bevor der Anschlag, die Ausstellung oder die Verteilung beginnt ein Exemplar an die Ortspolizeibehörde gegen eine auf Verlangen zu erteilende Bescheinigung unentgeltlich abgeliefert werden muß", eine Vorschrift, von welcher nach Abs. 2 des § 15 die in Abs. 2 des § 14 des Regierungsentwurfs von dem Verbot der Veröffentlichung ausgenommenen amtlichen Bekanntmachungen und die Ankündigungen des dort erwähnten nichtpolitischen Inhaltes befreit sein sollen.

Zur Begründung dieses Vorschlags ist in dem Kommissionsberichte[1]) noch bemerkt: Die Kommission glaube dem öffentlichen Interesse dadurch völlig genug zu thun, daß bevor der Anschlag u. s. w. beginne, ein Exemplar an die Ortspolizeibehörde abgeliefert werden müsse; auf diese Weise sei die Polizei rechtzeitig in Kenntnis gesetzt, um nötigenfalls Vorkehr zu treffen und diese vorherige Anzeige und Ueberreichung eines Exemplars gewinne um so mehr praktische Bedeutung, als nach den Kommissionsvorschlägen bezüglich der Beschlagnahme die vorläufige polizeiliche Beschlagnahme zulässig sei, wenn ein Plakat den Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens begründe.

Auch hier ist aus dem Wortlaute, wie aus der Begründung zu entnehmen, daß die Polizeibehörde des Anschlagsbzw. Verteilungsortes zur Annahme des Pflichtexemplars für zuständig erklärt werden wolle, damit diese nicht bloß über eine etwaige Beschlagnahme sich schlüssig zu machen, sondern auch die für den Anschlag oder die Verteilung etwa nötige Vorkehr zu treffen vermöge. Daß dies wirklich der Sinn des Kommissionsvorschlags war, geht auch daraus hervor, daß dieser laut der Erklärung des Berichterstatters Marquardsen[2]) wesentlich auf den Bestimmungen des sächsischen

1) Am angeg. Orte S. 252.

2) Am angeg. Ort Bd. 1. 2. S. 424.

Rechtes fußte, welche in Art. 15 Z. 1 und 2 des sächsischen Preßgesetzes vom 25. März 1870 enthalten sind und dahin gehen, daß (Z. 1) Ankündigungen gesetzlich erlaubter Versammlungen, — Anzeigen über Verkäufe u. s. w. ohne vorherige Anzeige an den im Voraus bestimmten Orten öffentlich angeschlagen werden dürfen und daß es (Z. 2) bei Plakaten anderer Art der vorgängigen Anzeige bei der Ortspolizeibehörde unter Vorlegung eines Exemplars des betreffenden Plakates bedarf. Daß hiemit Anzeige und Ueberreichung eines Pflichtexemplars an die Ortspolizeibehörde des Ortes, an welchem der Anschlag stattfinden sollte, gemeint wird, ist klar.

Auch bei der Beratung im Reichstage trat nirgends eine Spur davon an den Tag, daß irgendwo die Ansicht bestehe, die vorgeschlagene Ablieferung solle an eine andere Polizeibehörde als an diejenige des Anschlags- oder Verteilungsortes geschehen. Im Gegenteile finden sich mehrfache Aeußerungen, welche unzweideutig bekunden, daß von der Zuständigkeit der Polizeibehörde des Anschlags- oder Verteilungsortes ausgegangen wurde. So machte der Bundeskommissär von Brauchitsch[1]) darauf aufmerksam, „daß oft schon und mit guten Gründen verteidigt worden ist, daß die Frage des Plakatenwesens gar keine Frage der Preßpolizei, sondern lediglich eine Frage der Straßenpolizei sei“, eine Erklärung, welche die durch den Anschlag eines Plakats, die Verteilung eines Flugblattes etwa veranlaßten polizeilichen Vorkehrungen zweifellos der Polizei des Anschlags- bezw. Verteilungsortes zuweist und ebenso zweifellos das Erfordernis der Benachrichtigung dieser selben Polizeibehörde und der Ablieferung des Pflichtexemplars an dieselbe in sich schließt.

Weiter führte der Abg. Parisius gegen den Antrag des Abg. Bähr, welcher die Ablieferung des Pflichtexemplars zwei Stunden vor Beginn des Anschlags und der Verteilung verlangte, aus: es lasse sich oft nicht so leicht thun, ein Exemplar an die Ortspolizeibehörde zu geben; diese „konnte

1) Am angeg. Ort, Bd. 1. 2. S. 425 f.

früher in den östlichen Provinzen Preußens drei Meilen von dem Orte sein; an vielen Orten war es ja der Landrat; jetzt seit Einführung der neuen Kreisordnung ist das nicht mehr der Fall, jetzt ist es der Amtsvorsteher, derselbe wohnt aber auch oft nicht an demselben Ort, sondern eine Meile oder noch weiter davon" [1]). Ebenso wie aus dieser Ausführung hervorgeht, daß der Redner ohne in dieser Richtung irgend welchen Widerspruch zu finden, die Polizeibehörde des Anschlags — bezw. Verteilungsortes als zuständig ansah, ist das Gleiche auch aus der Rede des Abg. Bähr [2]) zu entnehmen, welcher für die Ueberreichung des Pflichtexemplars zugleich eine Frist festsetzen wollte und für eine Bestimmung wie die des Kommissionsentwurfes, welche auf einfache Weise dadurch, daß jemand auf allen Straßen und Plätzen einer Stadt Dienstleute mit Plakaten und Flugblättern aufstelle, mit dem Glockenschlag ein Exemplar der Polizei überreiche und 5 Minuten später überall den Anschlag und die Verteilung bewirkt habe, unwirksam gemacht werden könne, den Fluch der Lächerlichkeit befürchtete, diese Besorgnis aber noch in ganz anderem Grade hätte hegen und äußern müssen, wenn etwa der vorgeschlagene § 15 die Vorschrift der Uebergabe des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des mit dem Anschlags- bezw. Verteilungsorte sehr häufig nicht zusammenfallenden, von letzterem vielleicht weit entfernten Ausgabeortes enthalten hätte oder von irgend einer Seite dahin ausgelegt worden wäre. Dies war aber nicht der Fall und es wurde, wie füglich angenommen werden darf, allseitig als selbstverständlich angenommen, daß zur Entgegennahme des Pflichtexemplars von Plakaten nur die Ortspolizeibehörde desjenigen Ortes, wo die Plakate angeschlagen bezw. verteilt werden sollen, zuständig sein solle.

Der Reichstag nahm nun auch in zweiter Lesung den von der Kommission vorgeschlagenen § 15 an, wobei nur abändernd bestimmt wurde, daß die für Ueberreichung des

1) S. Stenogr. Bericht am angeg. Ort, Bd. 1. 2. S. 427.
2) S. ebendas. S. 429.

Pflichtexemplars zu gebende Bescheinigung nicht erst auf Verlangen, sondern sofort zu verteilen sei. Die hiemit grundsätzlich statuierte Plakatfreiheit fand jedoch, wie einige andere Beschlüsse des Reichstags die Billigung der Reichsregierung nicht und so einigte man sich schließlich hinsichtlich des Plakatenwesens dahin, die darauf bezüglichen Vorschläge des Regierungs- wie des Kommissionsentwurfes zu streichen, die Ordnung dieser Materie der Landesgesetzgebung zu überlassen und zu diesem Behufe in § 30 Abs. 2 des Reichsgesetzes zu bestimmen, daß das Recht der Landesgesetzgebung, Vorschriften über das öffentliche Anschlagen, Anheften, Ausstellen, sowie die öffentliche unentgeltliche Verteilung von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen zu erlassen, durch das Reichsgesetz über die Presse nicht berührt werde.

In dem Württ. Ausführungsgesetz zum Reichspreßgesetze sind nun die Beschlüsse des Reichstags zweiter Lesung hinsichtlich des Plakatwesens in der Weise aufgenommen, daß Art. 1 den § 15 des Kommissionsentwurfs mit der Ausnahme, daß die Ablieferung des Pflichtexemplars nicht vor — wie der Reichstag beschloß, sondern erst mit Beginn des Anschlags erfolgen solle, wörtlich wiedergibt und es ist in den Motiven[1]) ausdrücklich angeführt, daß die im Entwurf hinsichtlich des Plakatenwesens vorgeschlagenen Bestimmungen im Wesentlichen den erwähnten Reichstagsbeschlüssen entsprechen. Diese einfache Verweisung rechtfertigt den Schluß, daß der Entwurf ebenso wie die Reichstagsbeschlüsse die Polizeibehörde des Orts, wo das Plakat angeschlagen, der Aufruf verteilt werden soll, als zur Entgegennahme des Pflichtexemplars zuständig erklären wollte, und es wird die Richtigkeit dieses Schlusses dadurch bestätigt, daß der teilweise jedenfalls straßenpolizeiliche und damit die Zuständigkeit der Polizeibehörde des Anschlags- bezw. Verteilungsortes zwingend fordernde Charakter der Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 durch die in Art. 2 vorgeschlagene Bestimmung anerkannt

1) Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten 1870 bis 1874 1. Beilagenband S. 2341.

ist, wornach die Polizeibehörden befugt sein sollen, aus Rücksicht auf die Ordnung des öffentlichen Verkehrs und auf den Schutz von Privatrechten Vorschriften und Anordnungen bezüglich der Art und des Ortes der Anheftung, öffentlichen Ausstellung und Verteilung von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen zu erlassen.

Der Kommissionsbericht[1]) befaßt sich zwar nicht ausdrücklich mit der Frage, an welche Ortspolizeibehörde das Pflichtexemplar abzuliefern sei; wenn derselbe aber (S. 2380) bemerkt, daß, wenn man auch auf die Freiheit der politischen Bewegung, besonders bei Wahlen, noch so großen Wert lege, man doch auf der andern Seite nicht verkennen könne, daß die Polizei, welche für Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung verantwortlich sei, nicht die letzte Person sein könne, und dürfe, welche von solchen Anschlägen u. s. w. erfahre, so muß dies dahin aufgefaßt werden, daß die für die Ruhe und Ordnung innerhalb eines Ortes verantwortliche Polizeibehörde notwendig durch die an sie erfolgte Ablieferung des Pflichtexemplars von dem Anschlag u. s. w. benachrichtigt und dadurch in die Lage gesetzt werden müsse, die zur Aufrechterhaltung der durch die Art und den Ort des Anschlags, der Verteilung möglicherweise gefährdeten Ruhe und Ordnung erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Bei der Beratung des Gesetzentwurfes in der Kammer selbst erhob sich gegen die auf das Plakatwesen bezüglichen Bestimmungen Widerspruch und es erklärte sich insbesondere[2]) der Abgeordnete Oesterlen gegen die vorgeschlagene Beschränkung der bisher in Württemberg herrschenden völligen Plakatfreiheit und demgemäß gegen die Vorschrift der Ablieferung eines Pflichtexemplars. Demgegenüber wurde von anderer Seite die Angemessenheit dieser Beschränkung betont und hervorgehoben, daß kein Grund vorliege, die Plakatenlitteratur gegenüber der periodischen Presse, der die Ablieferung eines Pflichtexemplars nach § 9 Reichspreßgesetzes

1) loc. cit. S. 2377 ff.

2) Kammerverhandlungen 1870—74. 10. Protokoll-Band S. 5768 f.

obliege, besser zu stellen. Dies wurde namentlich von dem Regierungsvertreter[1]) ausgeführt, welcher hiebei erklärte, daß Art. 1 hinsichtlich der Plakate das ganz Gleiche, nicht bloß eine analoge Maßregel in Aussicht nehme, wie es § 9 des Reichspreßgesetzes für die periodischen Druckschriften anordne. Auf diese Erklärung stützt sich die auch von der Revision vertretene Ansicht, daß die Uebergabe eines Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Ausgabeortes ebenso wie diese für periodische Druckschriften vorgeschrieben sei, auch für Plakate genüge. Wäre dies aber auch der Sinn jener Erklärung, so könnte ihr Angesichts des Wortlautes der Gesetzesbestimmung und ihrer Entstehungsgeschichte, wie ihres Zweckes eine entscheidende Bedeutung nicht beigemessen werden. Daß dies aber nicht der Sinn der Erklärung war und daß auch der Regierungsvertreter die Ablieferung des Pflichtexemplars an die Ortspolizeibehörde des Anschlags — bezw. Verteilungsortes für erforderlich ansah, ist aus dem Schlusse seiner Rede ersichtlich, wo er ausführt, daß die Zeitungen vermöge der Art ihrer Redaktion in sich selbst eine Garantie bieten, daß es aber bei Plakaten einem unflätigen Menschen jeden Augenblick einfallen könne, zu einer Zeit, wo das sofortige Zugreifen der Polizei durch irgend einen Umstand gehindert sei, eine ganze Stadt in einen widerwärtigen Zustand zu versetzen. „Das schneiden Sie einfach damit ab, falls Sie wenn auch nicht für eine gewisse Zeit vor der Verbreitung so doch für den Beginn derselben die Bestimmung genehmigen, daß wenigstens die Ortsbehörde sofort Kenntnis von demjenigen erlangt, was an öffentlichen Säulen, an Straßenecken und Häusern angeschlagen werden soll. Das ist die Bedeutung der Bestimmungen des Art. 1."

Durch diese unzweideutige Erklärung des Regierungsvertreters ist jede ihr zuwiderlaufende Folgerung aus dessen oben erwähnter Aeußerung — welche übrigens wohl nur die grundsätzliche Gleichartigkeit der nach dem Reichsgesetz die periodischen Druckschriften und nach dem württ. Gesetzesent-

1) l. c. S. 5771.

wurf die Plakate treffenden Maßregel betonen wollte, auch von dem häufigen, vielleicht regelmäßigen Fall der Identität des Ausgabeortes und des Anschlagsortes ausgegangen sein dürfte, völlig ausgeschlossen und der Standpunkt der Regierung dahin fixiert, daß die Polizeibehörde des Anschlags-, Ausstellungs- oder Verteilungs-Ortes zur Entgegennahme des Pflichtexemplars zuständig sein solle. Von keiner Seite erhob sich hiegegen Widerspruch und das Gesetz gelangte in der vorgeschlagenen Form zur Annahme.

Wenn schon aus dem bisher Ausgeführten mit voller Sicherheit hervorgeht, daß bei Plakaten u. s. w. das Pflichtexemplar an die Ortspolizeibehörde des Anschlagsortes abzuliefern ist, so erhellt dies weiterhin auch aus den Zwecken, welche das Gesetz durch die Bestimmung des Art. 1 verfolgt. In erster Linie soll die Polizeibehörde in die Lage gesetzt werden, das Plakat u. s. w. auf die Einhaltung der formellen Vorschriften der §§ 6, 15 des Reichspreßgesetzes, sowie auf das etwaige Zutreffen des Thatbestandes der §§ 85, 95, 111, 130 und 184 St.G.B. zu prüfen und bei Vorliegen der in § 23 des Reichspreßgesetzes über die polizeiliche Beschlagnahme aufgestellten Voraussetzungen entsprechend zu verfahren. In diesem strafrechtlichen und preßpolizeilichen Zwecke, dessen Erreichung wohl auch bei der Ablieferung des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Ausgabeortes möglich sein würde, erschöpft sich jedoch der gesetzgeberische Zweck der Vorschrift keineswegs. Vielmehr dient — wie schon der Bundeskommissar v. Brauchitsch (s. oben), im Reichstage hervorgehoben hat und wie durch die in Art. 2 des A.G. den Polizeibehörden erteilte Befugnis zur Erlassung von straßenpolizeilichen auf die Art und den Ort des Anschlags, der Verteilung von Plakaten bezüglichen Vorschriften und Anordnungen anerkannt und erwiesen ist — die Bestimmung auch straßenpolizeilichen Zwecken, insofern die Polizeibehörde des Anschlags — bezw. Verteilungsortes durch Ablieferung des Pflichtexemplares in die Möglichkeit gesetzt werden soll, sofort mit Beginn des An-

schlags, der Verteilung die zur Vermeidung von Verkehrsstörungen, zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, zur Verhütung von Mißbräuchen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Daß dieser durchaus nicht nebensächliche, bei der verhältnismäßigen Seltenheit von Verfehlungen der in § 23 Reichspreßgesetz genannten Art praktisch sogar in den Vordergrund tretende Zweck der Bestimmung des Art. 1 bei Ablieferung des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des mit dem Anschlags- bezw. Verteilungsorte nicht zusammenfallenden Ausgabeortes nicht erreicht, vielmehr vollkommen außer Acht gesetzt würde, bedarf keiner weiteren Ausführung; nur kurz mag darauf hingewiesen sein, daß durch Unterlassung der Abgabe des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Anschlags- 2c.-ortes mannigfache Verkehrshemmungen und Störungen und Ordnungswidrigkeiten verursacht werden können, denen die Ortspolizeibehörde bei rechtzeitiger d. h. mit Beginn der Verteilung des Anschlags ihr gewordenen Kenntnis vorzubeugen in der Lage gewesen wäre, denen aber hinterher entgegenzutreten wenn überhaupt noch möglich und angezeigt, vielfach für die Polizei mißlich und ihrem Ansehen wenig förderlich sein wird. Auch hieraus läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber, von dem zu vermuten ist, daß er die zur Erreichung seiner mit Art. 1 verfolgten straßenpolizeilichen Zwecke dienlichen, nicht diesen Zwecken zuwiderlaufende und deren Erreichung ausschließende Bestimmungen getroffen haben wolle, die Ablieferung des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Anschlags — bezw. Verteilungsortes, nicht an die des Ausgabeortes, welche wenn letzterer und ersterer verschieden sind, für die Ruhe und Ordnung in den Straßen u. s. w. des Anschlags- bezw. Verteilungsortes nicht zu sorgen hat und in keiner Weise, auch nicht etwa durch Mitteilung an die Polizeibehörde des ihr selbst nicht bekannten Anschlags- und Verteilungsortes zu sorgen in der Lage ist, vorgeschrieben haben wollte.

Dem Ausgeführten zufolge entbehrt die Ansicht, daß Ablieferung des Pflichtexemplars an die Polizeibehörde des Aus-

gabeortes genüge, jeglicher Grundlage und es kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die Ortspolizeibehörde des Anschlags- bezw. Verteilungsortes zur Entgegennahme des Pflichtexemplares allein zuständig ist, woraus sich des Weiteren ergibt, daß wenn ein Plakat u. s. w. in mehreren Gemeinden angeschlagen, verteilt werden will, der Ortspolizeibehörde jeder dieser Gemeinden ein Pflichtexemplar abgeliefert werden muß.

Strafsache gegen Gustav Pfeiffer und Heinrich Balbach, beide von Schwaigern.

III.

Abhandlungen.

Der Irrtum über die Quantität im gemeinen Recht und nach dem B.G.Buch.

Von Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

1. Die Quellen enthalten zu unserem Gegenstand klare Aussprüche über zwei Fälle:

a. wenn bei einer Willenserklärung mehr gewollt als erklärt oder mehr erklärt als gewollt ist, so gilt beidemal die Willenserklärung bis zu dem Minus in welchem Wille und Erkärung sich einigen. l. 9. § 3. 4. de her. inst. 28. 5: sed si majorem, partem, adscripserit testamentarius, vel quod difficilius est probatione, ipse tetator ut pro quadrante semissem, Proculus putat, ex quadrante fore heredem, quoniam inert quadrans in semisse, quam sententiam et Celsus probat. l. 15. § 1. de leg. I. 30. 1. Sed si quis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem juris est, nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit, et quod adjectum est: quae sententia non est sine ratione;

b. wenn sich ein Paciscent zu weniger verpflichtet, als der andere zu erhalten meint, so entsteht ein Vertrag nicht, wenn aber der Eine zu mehr sich verpflichtet, als der andere fordern will, so gilt das minus, in welchem sich die beiderseitigen Erklärungen zusammenfinden. l. 52. loc. cond. 19. 2. si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur; sed, et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego mutavi. l. 1. § 4 de V.O. 45. 1.

si stipulanti mihi decem tu viginti respondes, non esse contractam obligationem, nisi in decem constat; ex contrario quoque, si me viginti interrogante tu decem respondeat, obligatio nisi in decem non erit contracta, licet enim oportet congruere summum, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse. — S. auch: Savigny, III. S. 274, s. Wächter, Württ. Privatrecht, II. S. 745. Windscheid, I. §§ 76. 77. Windscheid deutet in Note 5 zu § 76 und in § 77 zu Note 3 die Möglichkeit an, daß, wenn auch bis zu einem minus Uebereinstimmung von Wille und Erklärung, (bezw. Uebereinstimmung der beiderseitigen Erklärungen) vorhanden sei, gleichwohl die Aufrechthaltung der Willenserklärung dem Willen des Erklärenden nicht entsprechen möchte. Dies mag etwa in folgendem Fall zutreffen: A hat sich entschlossen, eine Kirche zu stiften, in der Ausführung dieses Entschlusses macht er seinen Erben die Auflage, dem Werkmeister B 3 Millionen auszuzahlen, mit denen dieser die Kirche zu erbauen habe; geschieht es nun, daß in das Testament nur 30 000 geschrieben werden, mit welcher Summe natürlich keine Kirche erbaut werden kann, so ist es gewiß sehr fraglich, ob es dem Willen des Testierers entspräche, die also verstümmelte Verfügung aufrecht zu halten.

2. In den (bisherigen) Fällen 1a und 1b ist die Quantität der Gegenstand der Willenserklärung, bezw. des Vertrags; es wird sich zeigen, daß die Quantität in allen andern Fällen (nicht Gegenstand des Vertrags sondern) Eigenschaft des Vertragsgegenstandes ist. — Es wird deshalb auch der ad 1a und b erörterte Irrtum von der gemeinrechtlichen Theorie im Kapitel vom (wesentlichen) Irrtum über den Vertragsgegenstand, jeder andere Irrtum über die Quantität im Kapitel vom unwesentlichen Irrtum behandelt, s. namentlich Wächter l. c. S. 751, Note 3 contra S. 745.

a. Ist eine bestimmte Quantität — Maß, Zahl, Gewicht zugesichert, so haftet der Verkäufer nach den Grundsätzen der actio emti, l. 69 § 6. l. 45. de evict. 21. 2. l. 2. pr. l. 4. § 1. l. 42 de act. emt. vend. 19. 1. und die Klage des

Käufers geht auf Vervollständigung der Leistung oder auf das Interesse oder es tritt der Satz in Geltung, daß in der a. emti die redhibitorische Klage inbegriffen sei (emti judicio continetur redhibitoria), nämlich, wenn der Mangel in der Quantität zugleich ein Qualitätsmangel ist. — (Bezüglich des Handelsrechts s. Staub zu § 347 H.G. B. Note § 14 S. 882).

b. Ist die Quantität nicht zugesichert, liegt also kein dictum et promissum vor, ist sie aber gleichwohl preisbestimmende Eigenschaft, so soll, wenn sich eine größere Quantität ergiebt, eine Erhöhung, wenn sich eine kleinere ergiebt, eine Herabsetzung des Preises nach dem Maßstab der richtig gestellten Quantität stattfinden.

So entscheiden: l. 6 pr. a. emt. vend. 19. 1. tenetur ex emto venditor, etiam si ignoraverit minorem fundum esse. l. 40. § 2. constr. emt. 18. 1. — qui agrum vendebat, dixit, fundi jugera decem et octo esse, et quod ejus admensum erit, ad singula jugera pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt, pro viginti deberi pecuniam respondit. cf. Seuff. Arch. 44, Nr. 171, a. E. Die Entscheidung des römischen Juristen ist nicht so leicht zu verstehen: Setze ich den Fall: A und B handeln über den Wald des A, sie beauftragen den Geometer, die Waldfläche zu vermessen, er berechnet, daß der Meßgehalt des Waldes 20 Morgen betrage, nachher stellt sich heraus, das er nur 18 oder aber, daß er 22 Morgen mißt: so mag man an den Gesichtspunkt der Voraussetzung oder an den des Irrtums denken; von jenem Gesichtspunkt (der nicht zutreffenden Voraussetzung) aus müßte man zur Aufhebung des Vertrags gelangen, vom Gesichtspunkt des Irrtums (in Motiv) würde sich ergeben, daß weder der Abmangel des Meßgehalts noch der Ueberschuß zu betrachten wären; da trifft der Jurist, der nicht nach Motiv und Voraussetzung fragt, die dem praktischen Verstand entsprechende Entscheidung, daß der Preis ad jugera — nach richtig gestelltem Maß zu normieren, also zu ergänzen oder zu reduzieren sei.

c. Vom Irrtum über die Quantität ist es auszuscheiden: α. wenn Gegenstand des Vertrags ist, was zugemessen,

zugezählt, zugewogen werden soll, Kauf ad mensuram; l. 35. §§ 5. 6. 7. constr. emt. 18. 1; l. 34. § 5 eod.; — hier ist, wenn infolge eines Irrtums zu wenig geleistet wurde, das Fehlende nicht wegen des Irrtums, sondern nach Maßgabe des Vertrags nachzuleisten; —

β. wenn die Angabe der Quantität nur unverbindliche Beschreibung ist: beim Kauf pr. Bausch und Bogen (Seuff. Arch. 49, n. 156), oder wenn ich das mir wohlbekannte Haus eines Nachbars unter Bezeichnung des Meßgehalts der area kaufe. — (Ueber den andern Fall: wenn die Formel gebraucht ist, daß für das Maß nicht garantiert werde s. Seuff. Arch. 37, 301);

γ. wenn erst bei der Erfüllung zu viel oder zu wenig geleistet wird; hier ist im ersten Fall die cond. ind., im zweiten die a. emti auf die Ergänzung anzustellen (Wächter l. c. Note 3, c.).

3. Das B.G.B. enthält keine besonderen Vorschriften über den Irrtum in der Quantität; es entscheiden die allgemeinen Grundsätze: der § 119, der vom Irrtum als Willensmangel handelt, der § 157, der vorschreibt, daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen seien, und der § 2084, der verfügt, daß bei letztwilligen Dispositionen im Zweifel die Auslegung vorzuziehen sei, bei der die Disposition Erfolg haben könne. — Es mögen hiernach die Fälle 1a und 1b regelmäßig in Uebereinstimmung mit den ganz vernünftigen Aussprüchen der römischen Juristen entschieden werden, jedoch ist immer zu prüfen, ob ein verständiger Mann die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage abgegeben hätte (§ 119); liegt aber der Fall vor, daß A weniger fordert, als B bietet, so wird sich A nicht darauf berufen können, daß er dann das minus nicht gefordert hätte, wenn ihm das höhere Gebot des B bekannt gewesen wäre (diese Berufung auf § 119 würde wohl der Bestimmung des § 157 zuwiderlaufen), — liegt der Fall 2b vor, so kommen natürlich nicht jene Aussprüche der römischen Juristen l. 6 pr. und l. 40. § 2 2c., sondern die Bestimmungen des § 119 G.B.B. zur Anwendung. — Was aber

den Fall 2a, den das dictum et promissum betrifft, so haben wir in § 468 des B.G.B. eine Vorschrift, die für unser Thema von besonderer Wichtigkeit ist: dieser § 468 schreibt vor, daß der Verkäufer eines Grundstücks für die zugesicherte Größe desselben wie für eine zugesicherte Eigenschaft zu haften habe; für den Mangel der zugesicherten Eigenschaft hat der Verkäufer einzustehen, wenn der Käufer den Mangel weder kannte noch kennen mußte, also sich bezüglich des Mangels in entschuldbarem Irrtum befand. § 460. Es hat hiernach der Verkäufer dem Käufer für die zugesicherte Größe einzustehen, wenn sich der Käufer hinsichtlich des Abmangels in der Größe in entschuldbarem Irrtum befindet. — So begegnet uns denn in unserem Gesetzbuch ein ganz bestimmter Ausspruch über den Irrtum in der Quantität. —

Der § 468 bezeichnet die Größe ausdrücklich als eine Eigenschaft des Kaufobjekts, der § 459 braucht den Ausdruck „Fehler". Mit dem Wort „Fehler" bezeichnet man gemeiniglich den Abmangel einer normalen Eigenschaft, fehlt einer Sache die zugesicherte Eigenschaft, so wird man — namentlich bei der Größe — eher von einem Fehler der Leistung reden: wenn A sich verpflichtet, einen Vorrat von 100 Zentner Kartoffeln zu liefern, oder ein Grundstück, das 20 Morgen groß sei, zu tradieren, so möchte, wenn der Vorrat von Kartoffeln nur 80 beträgt, oder das Grundstück nur 19 Morgen mißt, weniger dem Gegenstand des Kaufs als vielmehr der Leistung ein Mangel anhaften: die Leistung ist mangelhaft und nicht der Gegenstand. Da nun aber das Gesetzbuch die zugesicherte Größe ausdrücklich als eine Eigenschaft bezeichnet, so wird man kein Bedenken mehr tragen dürfen, den gesetzlichen Ausdruck „Fehler" auch auf den Abmangel in der Größe anzuwenden, also namentlich auch diesen Abmangel als einen Fehler gelten zu lassen. Damit stimmen die Motive zum Entwurf überein, die Bd. II S. 233 wörtlich bemerken: es unterliege keinem Zweifel, daß ein Abmangel an der Quantität insbesondere am Maße oder Gewichte nach den Umständen des Falls rechtlich als ein

Mangel im Sinn des § 381 (des I. Entwurfs, der den Ausdruck Mängel braucht, jetzt § 459) Abs. 1 und 2 erscheinen könne, so daß die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache Anwendung finden. Indem aber die Vorschriften über Gewährleistung §§ 459 ff. die Fälle des dictum et promissum und die des heimlichen Mangels umfassen, so ergiebt sich, daß der Abmangel in der Quantität auch unter dem Gesichtspunkt des heimlichen Mangels zur Geltung gebracht werden kann. Dann aber haben wir auch beim Irrtum über die Quantität ganz allgemein, ob die zugesagte Größe fehlt oder ob sie als ein heimlicher Mangel erscheint, nicht die Vorschriften des § 119, sondern diejenigen der §§ 459 ff. anzuwenden.

4. Wer immer eine Frage aus der Lehre vom Irrtum behandelt, wird unwillkürlich darauf hingeführt, das Verhältnis zwischen den Bestimmungen des § 119 und den andern Irrtumsbestimmungen des Gesetzbuchs in den Kreis seiner Erörterungen zu ziehen. Im § 119 ist der Irrtum ex professo behandelt, der Irrtum als Willensmangel; im übrigen kommt der Irrtum in Betracht: a. als ein Element der bona fides, b. als eine Voraussetzung für Klagen und andere Rechtsbehelfe, c. als ein Moment, das rechtliche Nachteile ausschließt oder nicht ausschließt:

a. Die bona fides muß auf entschuldbarem Irrtum beruhen beim Rechte des Ueberbaus § 912, beim Eigentumserwerb und der Ersitzung beweglicher Sachen §§ 932. 937; cf. § 1208, beim Erwerb von Erzeugnissen (und Früchten) durch den Eigenbesitzer § 955, im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem dritten Erwerber von zum Pfandgrundstück gehörigen Pertinenzen § 1121; die bona fides muß nicht auf entschuldbarem Irrtum ruhen, es genügt einfache Unkenntnis, bloses Nichtwissen, es schadet also auch unentschuldbarer Irrtum nicht, beim Besitzerwerb zum Ausschluß der Fehlerhaftigkeit des Besitzes, § 858, bei der Ersitzung unbeweglicher Sachen, § 900, und wenn es sich beim Erwerb dinglicher Rechte um Rechte dritter handelt, die aus dem

Grundbuch nicht ersichtlich sind; hier genügt einfaches Nichtwissen, § 892 — s. auch § 1248. —

b. Entschuldbarer Irrtum ist erforderlich, wenn der Gegner des Irrenden auf das negative Vertragsinteresse klagt, § 122; für die Eviktionsklage § 439 und für die Klage auf Gewährleistung wegen Fehlern der Sache §§ 455 ff. bes. § 460; für die Rechtsansprüche des Mieters wegen Mängel der gemieteten, des Pächters wegen Mängel der gepachteten Sache §§ 539, 581 Abs. 2. — Dagegen ist nicht entschuldbarer Irrtum genügend für die Gewährfreiheit des Schenkers § 523, bei der cond. indebiti §§ 813, 814, bei den Ansprüchen des Abnehmers eines opus § 640 Abs. 2 vgl. mit §§ 633, 634, bei der Anfechtung eines Vergleichs § 779, und wenn der Geschäftsfähige das Rechtsgeschäft, das er mit einem Geschäftsunfähigen abgeschlossen hat, vor der Genehmigung (seitens des gesetzlichen Vertreters) widerrufen will, § 109; hiemit vgl. § 1404 über Verträge mit Ehefrauen, § 1424 über Verträge mit dem Ehemann nach Beendigung des ehemännlichen Verwaltungsrechts, § 1682 über Verträge mit Eltern nach Beendigung der elterlichen Gewalt u. s. f. Nicht auf Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit kommt es an und teilweise auf andere Gesichtspunkte ist zu achten bei der Anfechtung der Ehe §§ 1332, 1333, 1345, 1346, bei der Anfechtung letztwilliger Verfügungen und von Erbverträgen §§ 1949, 2078, 2079, beim Irrtum des Erben über den Berufungsgrund § 1449, beim Irrtum in Versäumung der Ausschlagungsfrist § 1956, beim Irrtum des Pflichtteilsberechtigten und des Legatars § 2308 u. s. f.

c. Irrtum, auch entschuldbarer, nützt nicht, wenn unberechtigte Selbsthilfe geübt wird, § 231, entschuldbarer Irrtum schützt den Beklagten gegen die erhöhten Ansprüche des Eigentümers bis zur Rechtshängigkeit §§ 987, 989, 990, sowie gegenüber der Besitzklage des § 1007; unentschuldbarer Irrtum schadet dem, der ein Rechtsgeschäft auficht § 142, Abs. 2 und § 149, § 169 u. s. f.

Betrachten wir alle diese Vorschriften (a—c), so finden

wir, daß sie sämtlich an die Entwicklung des gemeinen Rechts anknüpfen, insbesondere begegnen wir überall dem Unterschied, von dem die ganze gemeinrechtliche Theorie beherrscht ist, dem Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum. — Dagegen hat der § 119 die historische Entwicklung der gemeinrechtlichen Theorie vollständig verlassen; das Gesetz hat, wie die Denkschrift sich ausspricht, „den Einfluß der Willensmängel auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern lediglich nach praktischen Gesichtspunkten" ꝛc. — Während wir noch im § 98 des I. Entwurfs jenem Savigny'schen Gegensatz von echtem und unechtem Irrtum und im § 99 dem Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum begegnen, wobei in § 102 noch besonders die prinzipielle Unwirksamkeit des Irrtums in den Motiven hervorgehoben ist, sind alle diese Momente aus den Bestimmungen des § 119 fast gänzlich ausgeschieden; und an die Stelle des Momentes der Entschuldbarkeit tritt der objektive Maßstab, ob anzunehmen ist, daß ein verständiger Mann bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung abgegeben haben würde oder nicht. — Dem gegenüber ist dann im § 122 dem andern Teil das Recht auf das negative Vertragsinteresse eingeräumt. — Und während dem Irrenden im § 119 das Recht gegeben ist, das ganze Rechtsgeschäft zu vernichten § 115, vgl. mit § 142, sind die Ansprüche in den übrigen Fällen des Irrtums, namentlich im Gebiet der Währschaftsklagen von ganz anderer Beschaffenheit. — Daraus muß sich ergeben, nicht nur, daß eine analoge oder aushilfsweise Anwendung des § 119 auf die andern Irrtumsbestimmungen des Gesetzbuchs nicht möglich und nicht zulässig ist, sondern auch, daß immer dann, wenn das Gesetzbuch besondere Bestimmungen über den Irrtum und seine Folgen giebt, diese und nicht die Vorschriften des § 119 zur Anwendung kommen. Das Moment der Entschuldbarkeit kann in keiner Weise nach den Gesichtspunkten des § 119 geprüft werden, und wenn z. B. beim Kaufvertrag über ein

Grundstück sich ein Abmangel ergiebt, so sind nur die Klagen des § 468 gegeben und es kann keine Rede davon sein, dem Käufer daneben oder wahlweise auch die Anfechtungsklage des § 119 einzuräumen, oder ihm zu gestatten, daß er von den Rechtsmitteln des § 468 zu der Klage des § 119 übergeht. —

5. Der § 119 sagt, daß der Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung, also nur dieser Irrtum zu beachten sei. Was ist „Inhalt der Willenserklärung": das Erklärte gegenüber dem nicht Erklärten, jedoch das Erklärte nur, soweit es Erklärung des Gewollten ist; hiernach gehört zum Inhalt der Willenserklärung im Sinne des Gesetzes nicht, was unverbindliche Beschreibung sein soll, z. B. jene Bezeichnung des Meßgehaltes der area eines Hauses, die Zahlenangabe beim Kauf pro Bausch und Bogen. — Zum Inhalt der Willenserklärung gehört aber anderseits nicht nur, was ausdrücklich erklärt ist, sondern auch, was sich nach den Regeln der Auslegung aus der ausdrücklichen Willenserklärung als stillschweigend, als selbstverständlich gewollt ergibt. So deutet zwar wohl der Ausdruck: „Inhalt der Willenserklärung" den Gegensatz zum Beweggrund an, aber es ist kein Zweifel, daß auch der nicht ausgesprochene Beweggrund Inhalt der Willenserklärung sein kann. Jedoch wird man finden, daß, sobald das Motiv — oder der Zweck in den Inhalt der Erklärung aufgenommen werden, regelmäßig sofort andere Gesichtspunkte, namentlich der der Voraussetzung, in den Vordergrund treten: wenn A erklärt, daß er am 1. April 1000 M. zahlen werde, so erklärt er dies aus dem Grunde, weil er 1000 zu schulden glaubt; eben dieser Beweggrund seiner Erklärung gehört auch zweifellos zum Inhalt derselben. Aber trifft dies zu, so tritt der Irrtum als Willensmangel zurück, an seine Stelle tritt die Voraussetzung und an Stelle der Bestimmungen des § 119 haben diejenigen der §§ 812 ff. in Wirkung zu treten; wenn A an B einen Wald mit der Angabe verkauft, daß er 200 Morgen groß sei, so ist in der Erklärung des Käufers B, den Wald

um 8000 M. zu kaufen, sicherlich auch die Erklärung enthalten, den Wald, da er wirklich 200 Morgen groß sei, zu kaufen; die Annahme, daß diese Größe zutreffe, ist Motiv für die Preisbestimmung, dieses Motiv gehört aber auch zum Inhalt der Willenserklärung; muß aber die Angabe des Meßgehaltes nach den Umständen als eine Zusicherung aufgefaßt werden, so tritt sofort der § 119 zurück, und es ist der § 468 und ausschließlich dieser anzuwenden.

6. Wir haben oben zu Ziff. 4 zuletzt den Fall behandelt, daß ein Abmangel in der Quantität vorliegt, der der Zusage zuwider oder ein heimlicher Mangel ist: in beiden Fällen wenden wir die §§ 459 ff. an. Wir haben nun aber auch noch den Fall zu betrachten, wenn der Vertragsgegenstand größer ist, als vereinbart war. Hier entsteht wiederum eine Schwierigkeit nicht bei der unverbindlichen Beschreibung oder Bezeichnung, also z. B. wenn pro Bausch und Bogen gekauft wird. Ebensowenig entsteht ein Zweifel, wenn eine bestimmte Größe mit der Grenze nach oben zugesagt ist; hier ist die genaue Größe zugesagte Eigenschaft, ein Plus macht den Gegenstand mangelhaft, z. B. wenn eine Statue, die ich 2 m hoch bestellt habe, in der Höhe von 3 m geliefert wird. — Wenn aber die Größe nur preisbestimmende Eigenschaft war und sich diesfalls eine höhere Quantität ergibt, z. B. wenn A und B über den Wald des B verhandeln, von dem sie annehmen, daß er 20 Morgen groß sei, wogegen sich dann ergibt, daß der Wald 23 Morgen groß ist, so sind wir nun nicht mehr in der Lage, jene Entscheidung des römischen Juristen anzuwenden, der da einfach verfügt, daß der Kaufpreis nach Maßgabe des höheren Quantums, zu ergänzen sei (oben 2b), vielmehr haben wir den Fall ganz neu und selbständig nach den Vorschriften des Gesetzbuchs zu entscheiden; wir fragen: Liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung vor? § 812. Die Frage kann nicht bejaht werden, weil der Käufer, der einen bestimmten Gegenstand kauft, auch wenn dieser größer ist als angenommen wurde, nichts „ohne rechtlichen Grund" erhält. Noch weniger können die Vorschriften §§ 459 ff. in Frage

kommen, denn ein „Fehler" liegt nicht vor, wenn ich mehr, als mir zugesagt ist, bekommen soll. Es erübrigt nur, die Vorschriften des § 119 anzuwenden: es liegt ein Irrtum im Motiv vor, der zweifellos zum Inhalt der Willenserklärung gehört. Da aber der § 119 nur die Anfechtung der Willenserklärung, also die Vernichtung derselben (§ 142) zuläßt, so steht jedem der Kontrahenten nur die Wahl zu, entweder anzunehmen und zu erfüllen, oder unter Verzicht auf die Annahme die Erfüllung zu verweigern, und wenn insbesondere der Verkäufer von dem Anfechtungsrecht (des § 119) Gebrauch macht, so steht dem Käufer nicht das Recht zu, die Anfechtung des Vertrags durch das Erbieten des enfsprechend höhern Preises abzuwenden. —

7. Auf den Grund der bisherigen Erörterungen ergeben sich für die Theorie vom Irrtum in der Quantität nach künftigem Recht folgende Sätze:

a. Wenn bei einer Willenserklärung Wille und Erklärung, bei einem Vertrag die beiderseitigen Willenserklärungen sich in einem Minus zusammenfinden, so sind in der Regel die Erklärung, bezw. der Vertrag bis zu dem Minus aufrecht zu halten; jedoch ist immer zutreffendenfalls die Anfechtung des § 119 zugelassen; einer allzu leichten Anwendung § des 119 mag bei Verträgen unter Lebenden der § 157, bei letztwilligen Verfügungen der § 1028 im Wege stehen. —

b. Ist die Quantität zugesichert, so treten, wenn sich ein Mangel in der Quantität ergibt (und der Quantitätsmangel ein Qualitätsmangel ist), die Vorschriften der §§ 459 ff. beim Vertrag über ein Grundstück namentlich der § 468 in Wirksamkeit; dasselbe gilt auch, wenn sich der Abmangel in der Quantität als ein heimlicher Fehler erweist. —

c. Liegt weder ein dictum et promissum, noch ein heimlicher Fehler vor, es ist aber die Angabe der Quantität Inhalt der Willenserklärung und die Quantität preisbestimmende Eigenschaft gewesen, so ist der § 119 anzuwenden; dieselbe Gesetzesvorschrift (§ 119) kommt dann zur Anwendung, wenn sich ein Ueberschuß in der Quantität ergibt, der nicht, wie

beim Kauf pr. Bausch und Bogen, unerheblich, oder, wenn eine bestimmte Grenze nach oben normiert ist, ein „Fehler" des Gegenstandes ist; im ersten Fall (pro Bausch und Bogen) ist der Mangel unerheblich, im zweiten führt er zur Anwendung der §§ 459 ff. —

d. Bei a und c genügt jeder Irrtum, nur müssen die eigentümlichen Voraussetzungen des § 119 zutreffen, in den Fällen b (den Währschaftsfällen) ist entschuldbarer Irrtum erforderlich.

e. Treffen die Voraussetzungen der Währschaftsklagen zu, so ist es ausgeschlossen, statt dieser Klagen (§§ 459 ff.) die Anfechtungsklage (des § 119) anzustellen oder von jenen Klagen auf diese überzugehen.

f. Für die Klage des § 119 ist die analoge Anwendung der Vorschriften von §§ 459 ff., für die Währschaftsklagen ist eine solche Anwendung des § 119 ausgeschlossen. —

Litterarische Anzeigen.

Das deutsche Grundbuchrecht. Mit besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der württ. Grundbuchführer bearbeitet von L.G.R. Klumpp (Stuttgart, Kohlhammer). Erster Teil. Allgemeine Grundsätze (Preis 2 M.). — Das Werk will eine „übersichtliche Darstellung der Grundsätze und Bestimmungen des B.G.B. und der G.B.O. über die Rechte an Grundstücken und eine Vergleichung derselben mit dem bisherigen württ. Recht" geben und ist eine in hohem Grad dankenswerte Arbeit. Denn die einschlägigen Materien werden hier in systematischem Zusammenhang behandelt und durch Beispiele erläutert und das Buch ist daher bei seiner sorgfältigen und gründlichen Darstellung zur Einführung in den schwierigen Stoff weit besser geeignet als die Kommentare, die regelmäßig ihrer Natur nach weit mehr eine Zergliederung der einzelnen Gesetzesbestimmungen geben als deren Zusammenhang darlegen. Das Werk wird deshalb den Bedürfnissen nicht nur der „unstudierten" Grundbuchführer, die für Württemberg in Aussicht zu nehmen sind (eine Ausnahme s. Art. 3 Abs. 4 des im Staatsanzeiger veröffentlichten Entwurfs über das Grundbuchwesen), sondern auch der mit dem Grundbuchwesen befaßten Richter entsprechen. Daß einzelne Sätze des Verfassers zu beanstanden sein mögen, ist bei der Schwerverständlichkeit, die viele einschlägige Bestimmungen des B.G.B. wie der G.B.O. auszeichnet, nicht zu verwundern. Nur um eine etwaige Berichtigung in den künftigen Lieferungen herbeizuführen, möchte Ref. Folgendes hervorheben: auf S. 17 dürfte der Inhalt des Art. 189 E.G. zum B.G.B. nicht ganz richtig wiedergegeben sein (wenn ein Recht nach dem 1. Januar 1900 aufgehoben werden soll, das in den zum Grundbuch erklärten öffentlichen Büchern eingetragen ist, so wird die Aufhebung nach dem neuen Recht zu erfolgen haben); auf S. 35 paßt bei A, 2, b das Citat: „B.G.B. § 1097 Satz 2" nicht, es sollten wohl die §§ 873. 1098. 514 B.G.B. angeführt sein; S. 65 scheint der Inhalt des § 21 G.B.O. mißverstanden zu sein (nach den Motiven hiezu soll „der dritte nur berücksichtigt werden, wenn sein Recht" [nicht das Recht des jeweiligen Eigentümers] „in Gemäßheit des § 9"

[jetzt 8] „auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt ist"); S. 92: ob in den Fällen der §§ 1023, 1024, 1060, 1172 Abs. 2 B.G.B. von einer „Aufhebung" einer Grunddienstbarkeit, eines Nießbrauchs, einer Hypothek gesprochen werden kann, ist zweifelhaft. S. 106 Zeile 8 von unten scheinen vor „eingetragen worden ist" die Worte: „die Hypothek" ausgefallen zu sein; S. 118 Zeile 13 von oben wird das Wort „nicht" zu streichen sein.

Von dem **„Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit"** liegt eine brauchbare handliche „Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister von L.G.R. Dr. Haidlen" vor (Stuttgart, Kohlhammer), worin behufs rascherer Orientierung den einzelnen Paragraphen den Inhalt angebende Ueberschriften und kurze, auf den gesetzgeberischen Vorarbeiten beruhende Anmerkungen beigefügt sind.

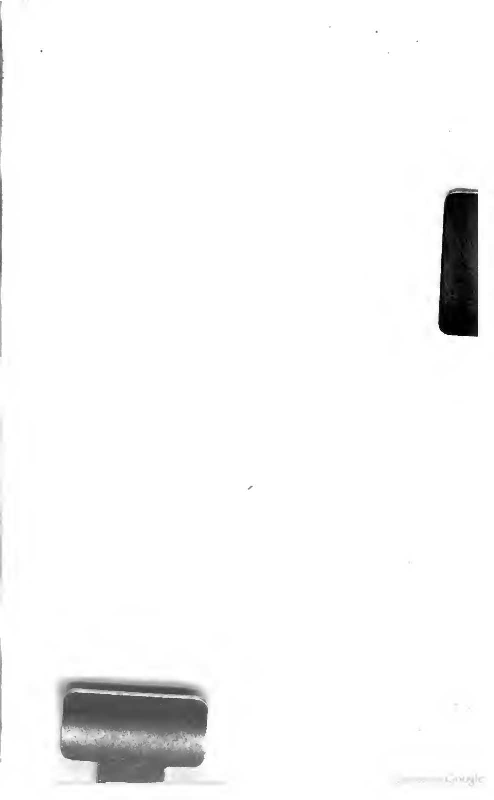
„Die Vollstreckbarkeit nach Reichscivilprozeßrecht" behandelt eine Abhandlung von L.R. Dr. Gmelin (Tübingen, Laupp) Preis: M. 2.40, an deren Schluß die beiden in den Jahrbüchern (Bd. 3 S. 233 ff. und Bd. 5 S. 227 ff.) veröffentlichten einschlägigen Aufsätze des Verfassers wieder abgedruckt sind. Sie erörtert den Begriff der (Zwangs-) Vollstreckung und der (formellen und materiellen) Vollstreckbarkeit, sie betont mit gutem Grund, daß nur Leistungsurteile, nicht auch Feststellungsurteile vollstreckbar sind und hierin der wesentliche Unterschied beider Arten von Urteilen liege und polemisiert mit Recht gegen die Auffassung des Reichsgerichts, daß ein vollstreckbares Urteil so viel sei als ein „giltiges, rechtswirksames, unanfechtbares". Schließlich wird das Vollstreckungsurteil bei Schiedssprüchen und ausländischen Urteilen besprochen und dabei die dem Inhalt der C.P.O. zuwiderlaufende Ansicht bekämpft, als ob nicht nur die Vollstreckungsbefugnis, sondern auch die sonstigen Rechtskraftwirkungen von Erlassung des Vollstreckungsurteils abhängig seien (wozu aber jetzt §§ 723. 328 der neuen C.P.O. zu vergleichen sind). Die Erörterung der einschlägigen Fragen ist durchweg sehr gründlich, die Darstellung klar. Pf.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

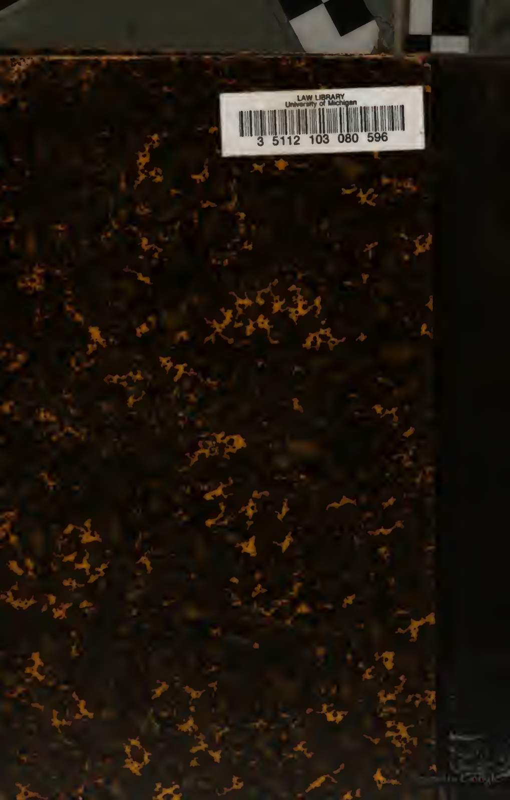

Google


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 596




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 596




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 596